

Revista do  
Tribunal  
Regional do  
Trabalho da  
12ª Região









Todo fator cooperante não deixa vestígio.  
*Niklas Luhmann*



# ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 12ª REGIÃO

## **DIREÇÃO**

Ma. MARI ELEDÁ MIGLIORINI  
Desembargadora do Trabalho-Diretora

Me. JOSÉ LUCIO MUNHOZ  
Juiz Titular de Vara do Trabalho-Vice-Diretor

## **COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA**

TERESA REGINA COTOSKY  
Desembargadora do Trabalho

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE  
Desembargador do Trabalho

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS  
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO  
Juiz Titular de Vara do Trabalho - Coordenador Pedagógico

Ma. MARIA BEATRIZ VIEIRA DA SILVA GUBERT  
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Ma. KARIN CORRÊA DE NEGREIROS BECKER  
Juíza do Trabalho Substituta

ARMANDO LUIZ ZILLI  
Juiz do Trabalho Substituto

## **CONSELHO PEDAGÓGICO**

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA  
Desembargador do Trabalho

Ma. LÍLIA LEONOR ABREU  
Desembargadora do Trabalho

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO  
Desembargador do Trabalho

JONY CARLO POETA  
Juiz Titular de Vara do Trabalho  
Representante da 1ª Região Socioeconômica

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO  
Juiz do Trabalho Substituto  
Representante da 2ª Região Socioeconômica

RICARDO KOCK NUNES  
Juiz Titular de Vara do Trabalho  
Representante da 3ª Região Socioeconômica

Me. RICARDO CÓRDOVA DINIZ  
Juiz Titular de Vara do Trabalho  
Representante da 4ª Região Socioeconômica

Representante da 5ª Região Socioeconômica

Ma. DESIRRÉ DORNELES DE ÁVILA BOLLMANN  
Juíza Titular de Vara do Trabalho  
Representante da 6ª Região Socioeconômica

KAREM MIRIAN DIDONÉ  
Juíza Titular de Vara do Trabalho  
Representante da 7ª Região Socioeconômica

DEISI SENNA OLIVEIRA  
Juíza Titular de Vara do Trabalho  
Representante da 8ª Região Socioeconômica

Me. JOSÉ CARLOS KÜLZER  
Presidente da AMATRA 12 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região

Juiz Representante do Programa Trabalho Seguro

Juiz Representante do Programa Trabalho Infantil

Juiz Auxiliar Gestor de Metas do TRT da 12ª Região

Magistrado representante do Comitê Gestor Regional para a Gestão e Implementação da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição

Magistrado Gestor Regional da Execução

Representante do CONAP

Núcleo Permanente de Conciliação e Apoio às Unidades Judiciárias de Primeira Instância do TRT da 12ª Região

Representante do SEDUC

Serviço de Educação Corporativa do TRT da 12ª Região

Representante do SEDJUR

Serviço de Documentação, Divulgação e Jurisprudência do TRT da 12ª Região

6

### **COORDENAÇÃO DOS TRABALHOS**

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Editor

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO

Juiz do Trabalho Substituto

Editor Adjunto - linha editorial “A Constituição e o Direito do Trabalho”

Me. OSCAR KROST

Juiz do Trabalho Substituto

Editor Adjunto - linha editorial “A Constituição e o novo Processo do Trabalho”

### **COMITÊ EDITORIAL**

Membros internos

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Dr. GIOVANNI OLSSON

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Membros Externos

Dr. CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP

Dr. CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE  
Professor da Faculdade de Direito de Vitória - FDV

Dra. DANIELA MURADAS REIS  
Professora da UFMG

Dra. FLÁVIA PIOVESAN  
Professora da PUC/SP

Dra. GISELE GUIMARÃES CITTADINO  
Professora da PUC/RJ

Dr. JOSÉ FELIPE LEDUR  
Desembargador do Trabalho do TRT 4ª Região

Dr. JOSÉ RICARDO FERREIRA CUNHA  
Professor da UERJ

Dr. LEONARDO VIEIRA WANDELLI  
Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de São José dos Pinhais/PR

Dr. MAURO SCHIAVI  
Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP

Dra. SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA  
Desembargadora do Trabalho – TRT 1ª Região  
Professora da UFRJ

Dr. VALERIO DE OLIVIERA MAZZUOLI  
Professor da UFMT

**COMISSÃO EDITORIAL DA REVISTA**

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA  
Desembargador do Trabalho

LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA  
Desembargadora do Trabalho

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE  
Desembargador do Trabalho

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO  
Desembargador do Trabalho

Me. CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO  
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Ma. DESIRRÉ DORNELES DE ÁVILA BOLLMANN  
Juíza Titular de Vara do Trabalho

REINALDO BRANCO DE MORAES  
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Ma. SONIA MARIA FERREIRA ROBERTS  
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Me. DANIEL LISBÔA  
Juiz do Trabalho Substituto

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO  
Juiz do Trabalho Substituto

Me. OSCAR KROST  
Juiz do Trabalho Substituto

**SECRETARIA EXECUTIVA**

Cyntia de Oliveira e Silva  
Norberto Dornelles Villar  
Rosangela Gervini Alves Pereira  
Sandra Yara Tubino Laitano  
Soraya Oliveira de Assis  
Vera Regina Ribeiro Vieira



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
DA 12ª REGIÃO**

v.19 n. 28 2016 – Florianópolis/SC

ISSN 1984-3658

R. do Trib. Reg. Trab. 12ª R.	Florianópolis	v. 19	n. 28	p. 1-452	2016
-------------------------------	---------------	-------	-------	----------	------

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL  
DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

*Projeto Gráfico e Diagramação*  
Nuovo Design Ltda.

*Revisão de Texto*  
Rosângela Gervini Alves Pereira  
Vera Regina Ribeiro Vieira

*Revisão Geral*  
Cyntia de Oliveira e Silva  
Sandra Yara Tubino Laitano  
Soraya Oliveira de Assis

*Impressão*  
Alternativa Gráfica

*Contato*  
Av. Jornalista Rubens de Arruda Ramos, 1588 – 11º andar – Centro, Florianópolis  
Telefone (48) 3298-5680 - CEP 88015-700 – Florianópolis – SC  
escolajudicial@trt12.jus.br

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12ª  
Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do  
TRT da 12ª Região. - v.1, n.1 (jun. 1993) – Florianópolis: TRT da 12ª Região,  
1993 -

**Anual**

Irregular até 2005; interrompida em 2006; anual em 2007; bienal de 2008 a  
2015.

Publicada também como Revista Eletrônica no *site* do TRT da 12ª Região.  
ISSN 1984-3658

1. Direito do Trabalho - Periódico. 2. Doutrina I. Santa Catarina. Tribunal  
Regional do Trabalho da 12ª Região.





**Composição  
do TRT da  
12<sup>a</sup> Região**



# TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

*ADMINISTRAÇÃO – 2015/2017*

GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE  
Desembargador-Presidente

MARI ELEDA MIGLIORINI  
Desembargadora-Vice-Presidente

MARIA DE LOURDES LEIRIA  
Desembargadora-Corregedora Regional

## **TRIBUNAL PLENO**

Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA  
PETRONE - Presidente

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Vice-  
Presidente

Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA -  
Corregedora

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU

Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA

Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA

Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI

Desembargadora do Trabalho VIVIANE COLUCCI

Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA

FERREIRA

Desembargador do Trabalho EDSON MENDES DE OLIVEIRA

Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI

Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA

Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY

Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE

CARGO VAGO em decorrência da aposentadoria da Exma.

Desembargadora do Trabalho ÁGUEDA MARIA LAVORATO PEREIRA

CARGO VAGO em decorrência da aposentadoria do Exmo.

Desembargador do Trabalho JORGE LUIZ VOLPATO

## **SEÇÃO ESPECIALIZADA 1**

Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE - Presidente

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Vice-Presidente

Desembargadora do Trabalho VIVIANE COLUCCI

Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA

Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY

Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE

Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO

Vaga decorrente da aposentadoria da Exma. Desembargadora do Trabalho ÁGUEDA

MARIA LAVORATO PEREIRA

Vaga decorrente da aposentadoria do Exmo. Desembargador do Trabalho JORGE LUIZ

VOLPATO

## **SEÇÃO ESPECIALIZADA 2**

Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE

Presidente

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI

Vice-Presidente

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU

Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA

Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA

Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI

Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA

Desembargador do Trabalho EDSON MENDES DE OLIVEIRA

Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI

## **PRIMEIRA TURMA**

### **Primeira Câmara**

Desembargador José Ernesto Manzi - Presidente da 1ª Turma e da 1ª Câmara

Desembargadora Viviane Colucci

Juiz Convocado Narbal Antônio de Mendonça Fileti

## **SEGUNDA TURMA**

### **Terceira Câmara**

Desembargador Amarildo Carlos de Lima

Desembargador Gilmar Cavalieri - Presidente da 2ª Turma

Desembargador Roberto Luiz Guglielmetto

### **Quarta Câmara**

Desembargador Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira

Desembargador Marcos Vinicio Zanchetta

Desembargador Roberto Basilone Leite

## **TERCEIRA TURMA**

### **Quinta Câmara**

Desembargador Edson Mendes de Oliveira

Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino - Presidente da 5ª Câmara

Gabinete Desembargador - VAGO: Juiz Convocado Reinaldo Branco de Moraes

**Sexta Câmara**

Desembargadora Lígia Maria Teixeira Gouvêa

Desembargadora Lília Leonor Abreu

Desembargadora Teresa Regina Cotosky - Presidente da 3ª Turma e da 6ª Câmara

## VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juiz Titular	Vara do Trabalho
Adailto Nazareno Degering	1ª VT de Rio do Sul
Adilton José Detoni	VT de Concórdia
Alexandre Luiz Ramos	6ª VT de Florianópolis
Alfredo Rego Barros Neto	VT de São Bento do Sul
Andrea Cristina de Souza Haus Bunn	3ª VT de Lages
Antônio Silva do Rego Barros	5ª VT de Joinville
Carlos Alberto Pereira de Castro	7ª VT de Florianópolis
Carlos Frederico Fiorino Carneiro	1ª VT de Chapecó
César Nadal Souza	1ª VT de Joinville
Daniel Natividade Rodrigues de Oliveira	VT de Imbituba
Deisi Senna Oliveira	2ª VT de Chapecó
Desirré Dorneles de Ávila Bollmann	1ª VT de Blumenau
Erno Blume	4ª VT de Criciúma
Eronilda Ribeiro dos Santos	3ª VT de Joinville
Etelvino Baron	VT de Caçador
Fernando Luiz de Souza Erzinger	1ª VT de Jaraguá do Sul
Giovanni Olsson	4ª VT de Chapecó
Gustavo Rafael Menegazzi	VT de Joaçaba
Hélio Bastida Lopes	1ª VT de Florianópolis
Hélio Henrique Garcia Romero	1ª VT de Brusque
Ilma Vinha	1ª VT de B. Camboriú
Irno Ilmar Resener	2ª VT de B. Camboriú
Jayme Ferrolho Junior	2ª VT de Blumenau
João Carlos Trois Scalco	2ª VT de Jaraguá do Sul
Jony Carlo Poeta	1ª VT de São José

## VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juiz Titular	Vara do Trabalho
José Carlos Külzer	VT de Palhoça
José Eduardo Alcântara	VT de Mafra
José Lucio Munhoz	3ª VT de Blumenau
Karem Mirian Didoné	2ª VT de Lages
Lauro Stankiewicz	VT de Canoinhas
Leonardo Frederico Fischer	VT de São Miguel do Oeste
Luciano Paschoeto	2ª VT de Criciúma
Luiz Carlos Roveda	1ª VT de Itajaí
Luiz Osmar Franchin	VT de Videira
Magda Eliéte Fernandes	3ª VT de São José
Marcel Luciano Higuchi Viegas dos Santos	VT de Curitiba
Maria Aparecida Ferreira Jerônimo	3ª VT de Florianópolis
Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert	2ª VT de São José
Miriam Maria D'Agostini	3ª VT de Criciúma
Mirna Uliano Bertoldi	4ª VT de Florianópolis
Narbal Antônio de Mendonça Fileti	2ª VT de Tubarão
Nelzeli Moreira da Silva Lopes	VT de Timbó
Nivaldo Stankiewicz	4ª VT de Joinville
Patrícia Pereira de Sant'Anna	1ª VT de Lages
Régis Trindade de Mello	VT de Xanxerê
Reinaldo Branco de Moraes	VT de Indaial
Ricardo Córdova Diniz	3ª VT de Itajaí
Ricardo Kock Nunes	1ª VT de Tubarão
Roberto Masami Nakajo	2ª VT de Rio do Sul
Rodrigo Goldschmidt	VT de Araranguá

## VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juiz Titular	Vara do Trabalho
Rosana Basilone Leite Furlani	5ª VT de Florianópolis
Rosilaine Barbosa Ishimura Sousa	1ª VT de Criciúma
Sandra Silva dos Santos	VT de Navegantes
Silvio Ricardo Barchechen	4ª VT de Blumenau
vago	2ª VT de Brusque
Tatiana Sampaio Russi	2ª VT de Joinville
Ubiratan Alberto Pereira	2ª VT de Itajaí
Valquiria Lazzari de Lima Bastos	VT de Fraiburgo
Válter Túlio Amado Ribeiro	2ª VT de Florianópolis
Vera Marisa Vieira Ramos	3ª VT de Chapecó

## JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriana Custódio Xavier de Camargo  
Alessandro da Silva  
Alessandro Friedrich Saucedo  
Ana Letícia Moreira Rick  
Ana Paula Flores  
Andréa Maria Limongi Pasold  
Ângela Maria Konrath  
Antonio Carlos Facioli Chedid Junior  
Armando Luiz Zilli  
Camila Torrão Britto de Moraes Carvalho  
Carlos Aparecido Zardo  
Cezar Alberto Martini Toledo  
Charles Baschiroto Felisbino  
Daniel Lisbôa  
Danielle Bertachini  
Débora Borges Koerich Godtsfriedt  
Elaine Cristina Dias Ignácio Arena  
Elton Antônio de Salles Filho  
Fabio Augusto Dadalt  
Fabio Moreno Travain Ferreira  
Fábio Tosetto  
Fabricio Zanatta  
Grasiela Monike knop Godinho  
Hérika Machado da Silveira Fischborn  
Indira Socorro Tomaz de Sousa e Silva  
Izabel Maria Amorim Lisbôa  
Janice Bastos  
Julieta Elizabeth Correia de Malfussi  
Karin Corrêa de Negreiros Becker  
Kismara Brustolin  
Leonardo Rodrigues Itacaramby Bessa  
Lisiane Vieira  
Luis Fernando Silva de Carvalho  
Mariana Antunes da Cruz Laus  
Mariana Philippi de Negreiros  
Michelle Adriane Rosário Arruda Araldi  
Oscar Krost  
Osmar Theisen  
Ozéas de Castro  
Patrícia Andrades Gameiro Hofstaetter  
Patrícia Braga Medeiros  
Paula Naves Pereira dos Anjos  
Paulo André Cardoso Botto Jacon  
Paulo Cezar Herbst  
Rafaella Messina Ramos de Oliveira  
Renata Felipe Ferrari  
Ricardo Jahn  
Rodrigo Gamba Rocha Diniz  
Rogério Dias Barbosa  
Sergio Massaroni  
Silvio Rogério Schneider  
Valdomiro Ribeiro Paes Landim  
Vinicius Hespanhol Portella  
Zelaide de Souza Philippi

# SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	24
<b>SEÇÃO ESPECIAL</b>	
<b>TRIBUNAL DO TRABALHO. 12ª REGIÃO: NÃO SÓ UMA HISTÓRIA</b> .....	29
<i>Ligia Maria Teixeira Gouvêa</i>	
<b>SEÇÃO DE ARTIGOS</b>	
<b>A INCONSTITUCIONALIDADE DO TEMPO DE ESPERA DO MOTORISTA PROFISSIONAL</b> .....	41
<i>Adriana Custódio Xavier de Camargo / Gustavo Xavier de Camargo</i>	
<b>AINDA A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA TR, A ADOÇÃO DO IPCA-E E O RESPEITO À COISA JULGADA</b> .....	63
<i>Alessandro da Silva</i>	
<b>A DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL</b> .....	85
<i>André Viana Custódio / Suzéte da Silva Reis</i>	
<b>A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO: MEDIDAS DE GARANTIA À LIBERDADE DO EMPREGADO</b> .....	103
<i>Anna Letícia Piccoli / Regis Trindade de Mello</i>	
<b>O DEPÓSITO RECURSAL: OBSTÁCULO À AMPLA DEFESA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE</b> .....	145
<i>Carine Staudt / FabrisiaFranzoi</i>	
<b>CIRCULAÇÃO EM TRAJES ÍNTIMOS NO AMBIENTE DE TRABALHO: O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE</b> .....	179
<i>Dáise Fonseca Cenci / Jessé Cenci</i>	
<b>A APLICABILIDADE (?) DO ART. 489 DO NOVO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO E ALGUMA TÉCNICA DE DECISÃO JUDICIAL</b> .....	201
<i>Daniel Lisboa</i>	
<b>O QUE PROTEGE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO? CINCO TESES SOBRE A FINALIDADE DO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	223
<i>Felipe Moralles e Moraes</i>	

<b>DISPENSA IMOTIVADA “MOTIVADA”: A (DES) NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NA RESILIÇÃO SEM JUSTA CAUSA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO</b> -----	271
<i>Gabriel Borasque de Paula</i>	
<b>A GARANTIA DE EMPREGO PRÉ-APOSENTADORIA NO MAGISTÉRIO PRIVADO</b> -----	297
<i>Gustavo Luiz Poli / Ricardo Córdova Diniz</i>	
<b>O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO CPC: DESAFIOS E PERSPECTIVAS</b> -----	325
<i>Iraú Oliveira de Souza Neto / Narbal Antônio de Mendonça Fileti</i>	
<b>FUNDAMENTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: ALGUMAS REFLEXÕES</b> -----	357
<i>José Felipe Ledur</i>	
<b>A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO (SANTA CATARINA)</b> -----	373
<i>Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira / Thaís Janaina Wenczenowicz</i>	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DA IGUALDADE MATERIAL PARA A LIBERDADE PESSOAL</b> -----	399
<i>Rodrigo Goldschmidt / Andressa Zanco</i>	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRENTE DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL</b> -----	419
<i>Rodrigo Goldschmidt / Lilian Simone Andreola</i>	

## APRESENTAÇÃO

Concebida, nesta edição de 2016, para celebrar os 35 anos de história do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, a Revista n. 28 do TRT, que ora apresentamos, agrupa artigos científicos qualificados, todos criteriosamente avaliados nos termos do edital publicado pela Escola Judicial do TRT em maio de 2016.

Em consonância com as diretrizes didáticas e pedagógicas da Escola Judicial do TRT 12, estabelecidas para o biênio 2016/2107, os artigos que compõem a presente Revista versam sobre Direito Material e Direito Processual do Trabalho, porém elaborados em conexão com o Direito Constitucional.

Com essa rica perspectiva, a Revista abarca, entre outros, os seguintes temas: trabalho infantil; jornada do motorista profissional; liberdade, intimidade e direito à informação do empregado; dispensa (i) motivada do empregado; garantia do princípio da proteção; garantia pré-aposentadoria do empregado no magistério privado; eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas; discriminação das mulheres nas relações de trabalho; responsabilidade civil do empregador decorrente do assédio moral praticado nas relações de trabalho; ônus da prova; fundamentação das decisões trabalhistas; depósito recursal; juros e correção monetária de créditos trabalhistas.

Além desses importantes temas de Direito Material e Processual do Trabalho, todos tratados sob a égide do Direito Constitucional, a Revista abre espaço para relevante memorial, de leitura obrigatória, da lavra da Desembargadora do Trabalho Ligia Maria Teixeira Gouvêa que aborda os principais pontos da trajetória do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região nos seus 35 anos de existência.

Todo esse rico material, elaborado com critério, carinho e esmero, com a participação inestimável não só dos (das) autores (as) dos artigos científicos mas também dos integrantes do Conselho Editorial, da Comissão da Revista, da Direção da Escola, do Editor, dos Editores Adjuntos e da equipe de Servidoras(es) da Escola, é agora colocado à disposição do público, em formatos físico e digital.

Trata-se de um presente, um pequeno tributo que o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, no ano que completa os seus 35 anos de atividade jurisdicional séria, justa e efetiva, quer prestar para as pessoas que integram e acessam os seus serviços de Justiça.

Boa leitura!

**Ma. MARI ELEDA MIGLIORINI**

*Desembargadora do Trabalho Vice-Presidente do TRT12*

*Diretora da Escola Judicial do TRT12*

**Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT**

*Juiz Titular de Vara do Trabalho – Araranguá/SC*

*Editor da Revista do TRT12*

---

25



**SEÇÃO  
ESPECIAL**



# TRIBUNAL DO TRABALHO. 12ª REGIÃO: NÃO SÓ UMA HISTÓRIA



*A vida sem luta é um mar morto no centro do organismo universal.*

*Machado de Assis*

Instalado em 11 de dezembro de 1981, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região completa, em 2016, 35 anos de prestação de serviços à população catarinense e de participação na história Barriga-verde, protagonista de uma mudança de séculos com diferentes características.

Este Judiciário, por meio do Decreto-Lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939, passou a integrar o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que jurisdicionava, também, o Estado do Rio Grande do Sul. Em 22 de setembro de 1975, por meio da Lei nº 6.241, Santa Catarina integrou a 9ª Região, que o unia ao vizinho Estado do Paraná. Assim, as sedes em Porto Alegre e Curitiba, respectivamente, tornavam mais dificultoso, ao cidadão catarinense, o acesso ao segundo grau de jurisdição tanto para o meio processual quanto pela distância física das aludidas Capitais, cujas vias de alcance, sofríveis apenas, exigiam do jurisdicionado ingentes sacrifícios e custos elevados.

Criado pela Lei nº 6.928, sancionada em 7 de julho de 1981, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região contava com oito Juízes, sendo seis Togados (José Fernandes da Câmara Canto Rufino, José Luiz Moreira Cacciari, Victório Ledra, Ione Ramos, Dirceu de Vasconcelos Horta e Umberto Grillo) e dois Classistas (Pedro Natali e Anselmo Raimundo) e 14 Juntas de Conciliação e Julgamento, instaladas em 13 diferentes municípios catarinenses (Florianópolis, Blumenau, Brusque, Caçador, Chapecó, Concórdia, Criciúma, Itajaí, Joaçaba, Joinville, Lages, Rio do Sul e Tubarão), auxiliado por cerca de 173 servidores, com ou sem vínculo permanente.

Sua primeira sede foi instalada no Edifício Zacarias, na rua Saldanha Marinho, centro de Florianópolis. A sede era, nas palavras da Desembargadora aposentada Ione Ramos,

[...] um edifício simples, mas que, na alegria, nos acomodava

bem. Ali, na simplicidade das acomodações, foram exaradas virtuosas decisões, após debates jurídicos profundos e respeitosos entre os componentes da 1ª Turma do nosso TRT. <sup>i</sup>

Em 30 de setembro de 1983, mudou-se para a rua Esteves Júnior, imóvel utilizado como sede administrativa até os dias de hoje.

Coube ao Juiz José Fernandes da Câmara Canto Rufino, então Juiz Togado mais antigo do Tribunal, o encargo de assumir a primeira presidência e o direcionamento do perfil institucional e dos rumos traçados no curso dessas décadas.

Em 1982, foi realizado o primeiro concurso para provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto da 12ª Região, tendo sido dada a posse, em setembro de 1983, a 10 Magistrados (José Travasso, José Francisco de Oliveira, João Paulo Sventnickas, Humberto D'Ávila Rufino, Sandra Márcia Wambier, Dora Leonor de Oliveira Britto, Nilsa Catarina Schutz Christensen, Marta Maria Villalba Fabre, Synésio Prestes Sobrinho e Geraldo José Balbinot).<sup>ii</sup>

30

.....

No ano da instalação do Tribunal, o Brasil era um país muito diferente do que hoje vivenciamos.

Ao longo dessa trajetória, a Instituição testemunhou modificações políticas, econômicas, sociais, jurídicas e tecnológicas que lhe impuseram a necessidade de adequação, rapidez, serenidade e outras condutas as quais, cada uma no seu tempo e na justa medida, asseguraram a ampla e ininterrupta prestação de tutela jurisdicional, conforme antologicamente catalogado e historiado no livro “Justiça seja feita! 32 anos de história do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina”, organizado e publicado pelo Tribunal, em 2013.

Nas primícias do Tribunal, a expectativa de vida do brasileiro era de 63,06 anos contra os atuais 73,62 anos. A população nacional subiu de 124 milhões para 200 milhões. O PIB - Produto Interno Bruto - cresceu de USD 263,6 bilhões para USD 2,246 trilhões, elevando, em consequência, a renda *per capita*, de USD 2.115,07 para USD 11.208,08.<sup>iii</sup>

Do início da década de 80 até hoje, o Brasil utilizou seis diferentes moedas oficiais (Cruzeiro, Cruzado, Cruzado Novo, Cruzeiro, Cruzeiro

Real e Real); encerrou, em 1985, o governo militar, os denominados “anos de chumbo”, cujo regime de exceção perdurou por duas décadas aproximadamente; promulgou, em 1988, uma nova Constituição da República; editou incontáveis leis, das mais diversas hierarquias, com repercussão no universo do trabalho; sofreu com o confisco dos depósitos bancários; ouviu o apelo popular em grandiosas manifestações de massa; conferiu liberdade às entidades sindicais; integrou-se ao movimento de inserção da mulher no mercado de trabalho; optou, em 1993, mediante voto em plebiscito, pela manutenção do regime republicano e o sistema presidencialista de Governo; criou mecanismos de proteção aos direitos das minorias; abriu sua economia para o mercado mundial; fortaleceu importantes instituições públicas; afastou dois presidentes de seus mandatos, pelo rito do *impeachment*; transformou-se com os avanços tecnológicos em todas as áreas, com especial destaque para o setor de comunicação; lamentou alguns tropeços de sua democracia e festejou seu soerguimento; e, agora, sofre com a forte recessão econômica e com a vertiginosa e nefasta ascensão da taxa de desemprego, que saiu de 4,3%, recentemente medida em dezembro de 2014, para proibitivos 11,8%<sup>iv</sup>, hoje mensurados, e, mais, a indesejada migração de trabalhadores para a informalidade, já representando 19,5% de todas as ocupações nas principais cidades do Brasil, segundo dados, para janeiro, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),<sup>v</sup>.

Como não poderia ser diferente, Santa Catarina refletiu a realidade nacional e igualmente se transformou a fim de absorver as exigências contemporâneas, moldando sua economia às realidades emergentes. A indústria carbonífera, por exemplo, perdeu importância, com impacto direto sobre a atividade portuária, enquanto a metal mecânica e, principalmente a agroindustrial, com especial destaque à frigorífica, ganhou ingente relevo no cenário econômico regional.

Na particular seara da Justiça do Trabalho também foram enfrentados desafios que impuseram pronto ajustamento: a instituição classista foi extinta; houve relevante ampliação da competência material a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004; foram criados os Conselhos Constitucionais (CNJ e CSJT), que atuam diretamente nas atividades administrativas e jurisdicionais, restringindo, sobremaneira, a autonomia dos Tribunais; assistiu-se, com muita apreensão, aos debates

relacionados à proposta de emenda constitucional que propunha a extinção da Justiça do Trabalho, em 1998, e, agora, mais recentemente, ocorreu a implantação do Processo Judicial Eletrônico que, nesta Região, representou, inicialmente, um retrocesso ao estágio já alcançado com medidas similares, desenvolvidas localmente.

.....

Este conjunto de transformações fez com que nosso Tribunal se agigantasse e implementasse ações de ajustes às crescentes demandas. Em 1982, primeiro ano de efetivo trabalho do Tribunal, foram recebidas 1.988 ações, número que, hoje, se aproxima ao que, na média, recebe uma única Vara desta Região, já que, de acordo com o mapa estatístico no ano passado (2015), foram recebidos, nas 61 unidades de primeiro grau, atualmente existentes, 88.952 novos casos para serem julgados (média, portanto, de 1.458 processos por Vara do Trabalho)<sup>vi</sup>.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região atualmente conta com 18 Desembargadores e 61 Varas do Trabalho, espalhadas em 30 municípios, e aproximadamente 1.700 colaboradores em seu quadro permanente.

Embora evidente o incremento de produtividade que se impôs no transcurso desses 35 anos, é gratificante observar que ainda hoje é possível, embora com diminuta modulação, atender o jurisdicionado em prazo aproximado ao que era verificado nos idos de 1982.

Com efeito, na análise dos autos da AT 230-81, ajuizada em 30 de janeiro de 1981, na JCJ de Joinville, um dos primeiros processos recebidos em grau de recurso na Corte recém-instalada, em 17 de dezembro de 1981, e que atualmente pertence à Memória do Tribunal, verifica-se ter ocorrido o julgamento, no segundo grau, em 21 de setembro de 1982, despendendo, portanto, 19 meses entre a propositura da ação e a entrega, já em grau de recurso, da tutela jurisdicional invocada.

Nesses 35 anos, o Tribunal teve 19 diferentes Presidentes e sempre contou com profissionais empenhados, capacitados e interessados no bom cumprimento dos objetivos institucionais. Magistrados vocacionados e seres humanos de escol por aqui passaram. Vários deixaram marcas que o tempo se recusa a apagar. Grandes colegas partiram cedo demais

e, em razão disso, profundas tristezas foram vividas, mas a doçura das recordações as abrandaram pela ação do tempo, esse inclemente senhor da história. Embates foram travados, interna e externamente, às vezes com ânimos acirrados, não ínsitos ao exercício da função pública, mas sempre orientados pelo firme propósito de cumprir a missão institucional da forma mais eficiente possível. Por via de regra, seus agentes são pessoas apaixonadas pelo que fazem e pela Instituição. Têm aqui forte referência social, levando para a vida privada as amizades consolidadas no ambiente de trabalho.

Nos últimos dois anos, por diversas razões administrativas, o Foro da Cidade de Florianópolis passou a ser alocado em três diferentes instalações físicas (as Varas do Trabalho, na Avenida Beira-Mar Norte; a Sede Administrativa, na Rua Esteves Júnior; e a Sede Judiciária, na Avenida Rio Branco), fato que trouxe notório impacto ao harmonioso ambiente de coleguismo e de “família do Tribunal” até então existente, pois as distâncias, embora curtas, dificultam o convívio próximo e amíúde; o encontro com colegas de outras lotações nos corredores, na cafeteria, na rampa de acesso ou mesmo nas solenidades e festividades, tais como as posses das novas administrações e os humanizadores recitais de música nas comemorações natalinas.

Andanças, mudanças, transformações e adaptações.

O tempo passa, e o Tribunal consolida-se em seus propósitos. Novos desafios são perenemente confrontados e satisfatoriamente solucionados. Com sua atual estrutura organizacional (Tribunal Pleno, duas Sessões Especializadas, três Turmas, cinco Câmaras e 61 Varas do Trabalho), as atividades têm sido bem distribuídas, proporcionando, dentro das limitações a todos impostas, a prestação jurisdicional célere e de qualidade. Vale destacar o funcionamento, desde 2005, da então Escola Judicial e de Administração Judiciária, hoje Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, eficaz promotora e fomentadora da contínua reciclagem de conhecimentos, ofertando à comunidade do Tribunal acesso ao que há de mais atual e relevante no universo do Direito.

.....

O Poder Judiciário brasileiro, nos dias de hoje, tem sido

rotineiramente inserido no noticiário sinistro e apocalíptico do cenário nacional, inclusive relacionado a vicissitudes afetas ao mundo da política, dada a exarcebada e, às vezes, despicienda, judicialização dos conflitos, revelando lamentável afastamento das saudáveis regras do consenso e da tolerância, elementos indissociáveis do espírito republicano.

Chancelado como o guardião da sociedade, salvaguarda das esperanças e órgão censor das más práticas, o Judiciário tem sido importante ator social, espelhando incremento inusual do denominado ativismo judicial em atitude de vanguarda.

No campo trabalhista, de igual forma, se tem presenciado gradual protagonismo da Justiça do Trabalho nos debates modernos que, pontualmente, tem sido responsabilizada como uma das fontes de insucessos econômicos, dada a sua ínsita feição garantista, nem sempre compreendida e aceita por segmentos conservadores da sociedade.

Com frequência, a almejada reforma trabalhista, delineada pelo Planalto, revisitando o vetusto escopo de flexibilização dos direitos sociais estatuídos no art. 7º da Carta da República, já autorizada mediante negociação coletiva em inúmeras hipóteses, repristina o papel do Judiciário Trabalhista no emperramento dessa evolução.

Tem-se aqui uma argumentação falaciosa.

Não se olvide que a gênese do Direito do Trabalho se encontra na Justiça Distributiva, já presente no pensamento aristotélico e que vocaciona o juslaboralismo à perspectiva nitidamente social, que lhe é distintiva e vai de encontro ao postulado do Estado Democrático de Direito ao preconizar a edificação de uma sociedade justa e solidária. Nesse vértice, a Justiça do Trabalho é o instrumento a quem, constitucionalmente, é atribuída a coadjuvação/consecução desse escopo.

Parafraseando o Desembargador aposentado Umberto Grillo: “num tribunal ou em qualquer ciência, é necessário abrir sempre novos caminhos para ampliar o horizonte, a fim de superar obstáculos, na busca incessante da causa da Justiça”<sup>vii</sup>.

.....

Certamente, os anos presentes não têm sido os mais benfazejos

para a sociedade brasileira e, por via de consequência, para a causa da Justiça.

Sofrem administradores e administrados.

O mote “fazer mais com menos” hoje se transmudou em “fazer mais com quase-nada”.

Independentemente do imprevisível porvir – restrições orçamentárias com tendências projetadas para os vindouros 20 anos da polêmica PEC 241 –, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região está apto para o seu enfrentamento, pois, munido do melhor recurso à disposição da administração para a superação dos percalços: seu valoroso quadro de pessoal, corpo funcional comprometido, capacitado e versátil. O que inspira o sempre percuciente dizer de Platão: “o que faz andar o barco não é a vela enfunada, mas o vento que não se vê”.

Parabéns ao Tribunal por sua atual Mesa Diretora, Desembargadores Gracio Ricardo Barboza Petrone, Presidente; Mari Eleda Migliorini, Vice-Presidente; e Maria de Lourdes Leiria, Corregedora.

E que venham novos e muitos anos!

## REFERÊNCIAS

<sup>i</sup> Ione Ramos. **TRT 12** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <ligiamtg@gmail.com> em 04 out. 2016.

<sup>ii</sup> AXT, G. (Org.). **Justiça seja feita! 32 anos de história do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**. Florianópolis: Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, 2013. 111 p.

<sup>iii</sup> Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=popula%C3%A7%C3%A3o+do+brasil%5D&ie=utf-8&oe=utf-8&gws\\_rd=cr&ei=-Mv\\_V\\_yqA8SjwASiyJvgBA](https://www.google.com.br/search?q=popula%C3%A7%C3%A3o+do+brasil%5D&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=-Mv_V_yqA8SjwASiyJvgBA)>. Acesso em: 13 out. 2016.

<sup>iv</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-09/desemprego-sobe-para-118-e-atinge-12-milhoes-de-pessoas-diz-ibge>>. Acesso em 13 out. 2016.

<sup>v</sup> Disponível em: <<http://brasileconomico.ig.com.br/brasil/economia/2015-03-19/trabalho-informal-aumenta-em-meio-a-onda-recente-de-demissoes.html>>. Acesso em 13 out. 2016.

vi Disponível em: <[http://www.trt12.jus.br/portal/areas/seest/extranet/estatisticas/Transparencia/Provimento\\_1\\_G.jsp](http://www.trt12.jus.br/portal/areas/seest/extranet/estatisticas/Transparencia/Provimento_1_G.jsp)>. Acesso em: 13 out. 2016.

vii Umberto Grillo. **TRT 12** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <ligiamtg@gmail.com> em 11 out. 2016.





**SEÇÃO DE  
ARTIGOS**



# A INCONSTITUCIONALIDADE DO TEMPO DE ESPERA DO MOTORISTA PROFISSIONAL



*Adriana Custódio Xavier de Camargo<sup>1</sup>*

*Gustavo Xavier de Camargo<sup>2</sup>*

**Resumo:** Este artigo explicita os caminhos que levam à conclusão pela inconstitucionalidade do art. 235-C, §§ 1º, 8º, 9º, 10º, 11 e 12, da CLT, referente ao tempo de espera do motorista profissional, partindo da análise da dupla fundamentalidade do direito a uma jornada digna, passando pelas exigências necessárias para o estabelecimento de limitações aos direitos fundamentais, chegando à conclusão definitiva da inconstitucionalidade também pelo princípio da vedação ao retrocesso.

**Palavras-chave:** Motorista profissional. Tempo de espera. Inconstitucionalidade. Princípio da proibição ao retrocesso.

41

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho humano digno tem sido propósito de diversas normas internacionais e nacionais e razão de ser da criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, após o fim da Primeira Guerra Mundial. E, já na primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada no ano de sua criação, foram elaboradas 6 convenções e a n° 1 trata, exatamente, da limitação da jornada de trabalho.

Entretanto, questão de tamanha relevância não nasceu neste documento, sendo reivindicação e conquista histórica, fruto de lutas do operariado, dos movimentos sindicais e de outras instituições, inclusive

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC/SP), Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, [adriana.camargo@trt12.jus.br](mailto:adriana.camargo@trt12.jus.br).

<sup>2</sup> Especialista em Administração pelo Insper (MBA) e Bacharel em Direito pela Unochapecó, [gustavoxcamargo@gmail.com](mailto:gustavoxcamargo@gmail.com).

da Igreja Católica, que, em maio de 1891, publicou a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, da lavra do Papa Leão XIII(1891), que dispõe:

Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.

A actividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem.

Alimitação das horas de trabalho também foi objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo XXIV(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948),e sua redução progressiva é tema da Recomendação n. 116 da OIT(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1962).

Já, no Brasil, as primeiras leis brasileiras que tratam da duração do trabalho datam de 1891 (Decreto n. 313), porém, ficou restrito ao então Distrito Federal, conforme explicita Sússekind (SÜSSEKIND, MARANHÃO, et al., 2005, p. 806), as demais vieram após a Revolução de 1930 e datam de 1932 em diante.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Direitos Sociais), art. 7º, XIII, dispõe sobre a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

Trata-se de direito fundamental, material e formalmente, além de direito humano, pois como ensina Comparato(2016, p. 707):

Felizmente, em contraste com o desnorteamento e o caráter mundialmente predatório do capitalismo, assistimos à progressiva formação do conjunto dos direitos humanos como um sistema, no sentido que este conceito assume hoje na biologia e nas ciências humanas. Nos mais diversos países, assim como no plano das relações internacionais, reforça-se continuamente a conexão entre direitos individuais e direitos sociais, entre direitos dos povos e direitos da humanidade. Nesse ambiente comunitário em progressiva expansão, tudo se submete ao princípio da igualdade fundamental dos seres humanos, com a preservação de suas legítimas diferenças biológicas e culturais.

Porém, no Brasil, em 30 de abril de 2012, foi publicada a Lei nº 12.619 (para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional), que inseriu a Seção IV-A, no Capítulo I, do Título III, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, referindo-se ao Serviço do Motorista Profissional. A referida lei acresceu na CLT, dentre outros, o art. 235-C, que trouxe o conceito e a regulação do malfadado tempo de espera, inconstitucional por violação de direito fundamental.

Tamanha foi a celeuma criada pela disposição do art. 235-C da CLT, dada pela Lei nº 12.619/2012, que, em 2015, a Lei n. 13.103, de 2 de março, revogou grande parte do dispositivo legal, dando-lhe nova redação. Entretanto, a inconstitucionalidade não somente foi mantida, como foi intensificada.

Este artigo explicita os caminhos que levam à conclusão pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, partindo da análise da dupla fundamentalidade do direito a uma jornada digna, passando pelas exigências necessárias para o estabelecimento de limitações aos direitos fundamentais, chegando à conclusão definitiva da inconstitucionalidade pelo princípio da vedação ao retrocesso.

## **2 DIREITO À JORNADA DIGNA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

A declaração (ainda potencial) de inconstitucionalidade de uma norma jurídica pela violação de um direito fundamental passa, necessariamente, pela identificação da norma constitucional atingida como norma de direito fundamental.

Há um motivo claro para o rigor desta identificação, principalmente quando se trata de direitos fundamentais sociais ou de segunda geração. Os direitos fundamentais criam limitações ao poder normativo do Estado, acarretando verdadeira vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Essa vinculação, bem destaca Ingo Sarlet (2015, p. 385), “significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação do âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora”. Isso se explicita no art. 5º, §1º, da Constituição Federal,

que, ao dar aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, segundo o mesmo autor, “gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. Feita tal justificação, cumpre-se, agora, o dever de caracterização do direito a uma jornada digna como direito fundamental.

A caracterização do direito a uma jornada digna, cujo mínimo garantidor da dignidade também é estabelecido na Carta Política de 1988, pode ser estabelecida sem alto grau de complexidade. Em função do rigor exigido em todo o processo de análise de (in)constitucionalidade de normas, esses autores adotam a conceituação de direitos fundamentais baseada na dupla fundamentalidade, formal e material. Estes autores deixam consignadas, desde logo, suas posições acerca da plena validade dos direitos fundamentais exclusivamente materiais, abertura constitucionalmente imposta pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, bem como da impossibilidade, ainda na visão desses autores, de existência dos direitos fundamentais meramente formais, por considerar essa hipótese uma indevida invasão às atribuições do Poder Constituinte. De toda sorte, a opção por caracterizar a fundamentalidade do direito à jornada digna pelo critério da dupla fundamentalidade foi escolhido para que não se sobre dúvidas quanto a seu caráter de direito fundamental, mesmo para aqueles que adotam conceitos mais restritivos para defini-lo.

Do ponto de vista formal, não se guarda a menor dúvida. O texto da constitucional foi topologicamente preciso ao estabelecer os direitos sociais como um capítulo sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Neste sentido, perfeitamente atendida a exigência de fundamentalidade formal da jornada digna, cujos parâmetros foram consignados no inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal.

Nesse ponto, importante considerar a natureza do direito estabelecido no dispositivo constitucional como eminentemente individual, apesar de constante do capítulo dos direitos sociais, atraindo, de forma praticamente incontroversa, a proteção da reserva legal prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna. Nesse sentido, importante ampararmo-nos na doutrina de Sarlet (2015, p. 225), que, de forma bastante didática, separa as motivações que levaram à classificação de tais direitos como sociais, de sua titularidade:

os direitos sociais não são sociais pelo fato de serem, em primeira linha, ou mesmo exclusivamente, direitos coletivos, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva. Os direitos sociais assim foram e têm sido designados por outra razão (...), ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia de acesso a determinados bens e serviços por parte de parcela da população socialmente vulnerável, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibição de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria - e desequilíbrio - de poder econômico e social.

Ademais, mesmo que se fixe na polêmica acerca dos direitos fundamentais prestacionais, muitos deles de cunho programático, não é este, evidentemente, o caso do inciso XIII do art. 7º, nem mesmo do inciso XVI, que o complementa, seja porque efetivamente não são esses direitos prestacionais, seja por se tratarem de normas fechadas, de alta densidade normativa.

Fica em aberto, ainda e por enquanto, a caracterização da jornada digna como direito materialmente fundamental. Na trilha do magistério de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 407), pode-se definir direitos fundamentais materiais como “os direitos subjectivamente confortadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal”. Como se pode notar, pelo alto grau de abstração da própria definição, faz-se necessário a utilização de um critério mais sólido para a caracterização de um direito como materialmente fundamental. Assim, a análise de seu reconhecimento histórico como garantidor, em última instância, da dignidade humana, seja no âmbito internacional, seja no âmbito de um ordenamento jurídico específico, ganha força como critério de caracterização.

A partir dessa análise, também não sobra dúvida quanto à qualidade materialmente fundamental do direito à jornada digna, inclusive com o estabelecimento, no texto normativo, dos contornos de

concretização. Cumpre lembrar, nessa seara, que a Convenção número 1, da Organização Mundial do Trabalho (OIT), de 1919, trata, exatamente, da duração do trabalho no âmbito industrial. Apesar de o Brasil não ser signatário desta convenção, a sua própria existência, já estabelecendo limites claros para a duração do trabalho no início do século XX, limites esses frutos de processos de reivindicação e de lutas sociais, garantem, per si, o caráter materialmente fundamental, historicamente baseado, do direito a uma jornada digna com parâmetros normativamente pré-definidos. Não à toa, já em 1932, Getúlio Vargas assinou os decretos nºs 21.186 e 21.364, que dispunham, respectivamente, sobre a duração do trabalho no comércio e na indústria, adotando uma jornada de 8 horas, extensíveis a 10 horas mediante pagamento de valor adicional (SÜSSEKIND, MARANHÃO, *et al.*, 2005, p. 806).

Um aspecto curioso e particularmente importante no escopo desse trabalho diz respeito à classificação do transporte como categoria equiparada a estabelecimento industrial. Assim, o art. 1º da Convenção nº 1 da OIT considera, no seu item ‘d’, como estabelecimento industrial, “o transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada, via férrea ou via de água, marítima ou interior, incluindo a conservação de mercadorias em docas, cais, embarcadouros e entrepostos, com exceção do transporte manual”. Assim, já no início do século XX, afasta-se, no âmbito internacional, hipótese de excepcionalidade dos motoristas no que tange à jornada de trabalho.

Com tudo isso posto, fica evidente a caracterização do direito à jornada digna como direito fundamental, em suas duas dimensões de fundamentalidade, formal e material. Passa-se, portanto, à análise de (in)viabilidade do estabelecimento de limites, pelo legislador, a esse direito.

### **3 A (IN)VIABILIDADE DO ESTABELECIMENTO DE LIMITES, PELO LEGISLADOR, AO DIREITO À JORNADA DIGNA**

Como já apontado anteriormente, a análise de constitucionalidade de uma norma em face de um direito fundamental passa, necessariamente, pela identificação de uma potencial ação inadequada do legislador, ultrapassando restrições que têm, por objetivo,

preservar a máxima eficácia dos direitos fundamentais. E é, exatamente, na vigilância desses limites que atua o Poder Judiciário.

A vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais se dá não apenas em uma dimensão negativa, ou seja, na vedação à aplicação de normas contrárias à Constituição, *status* ostentando tanto material quanto formalmente pelos direitos fundamentais expressamente consignados no Texto Constitucional, mas como apontado por Ingo Sarlet (2015, p. 390) a partir dos ensinamentos de Jorge Miranda, tal vinculação também possui uma dimensão positiva, “no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”.

Esse processo passa, necessariamente, por um detido trabalho de identificação da constitucionalidade de limites impostos, tanto pelo legislador quanto pelo constituinte derivado, aos direitos fundamentais potencialmente atingidos pela norma posterior.

A bem da maior precisão metodológica, faz-se necessário explicitar, desde o início, que esses autores adotam a teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, por alinharem-se à ideia de que, na dicção de Canotilho (2003, p. 1281), “o ‘exercício de um direito’ não está já, de antemão, limitado por reserva de ‘amizade’ ou de ‘não danosidade’; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia ‘insusceptível de restrições’ é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições”. Na esteira dessa teoria, há um direito ilimitado (posição jurídica *prima facie*), quando considerado em si, cobrindo todo seu âmbito de proteção, e sobre o qual podem ser impostas limitações, externas a esse direito, criando assim uma posição jurídica definitiva.

Reputa-se essa teoria como mais adequada, do ponto de vista hermenêutico, por impor ao estabelecimento do limite, já que externo, um ônus de justificativa. Nas palavras de Sarlet(2015, p. 408):

Percebe-se, desde logo, que tal distinção entre âmbito de proteção e limites oferece significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à **exigência de transparência metodológica**, especialmente por não misturar interesses divergentes, além de implicar que o **ônus**

**da justificativa de uma restrição recaia sobre o intérprete que a invoca**, o que apenas reforça a tese de que os fins não podem jamais justificar os meios, visto que não apenas o resultado, mas, sobretudo o caminho percorrido da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo(a) afigura-se decisivo e viabiliza o controle de todo o processo. (grifo nosso)

Há, também, distinguir limitação de direitos fundamentais de sua conformação, ou seja, de normas jurídicas, principalmente de matiz infraconstitucional, que detalham determinado direito fundamental, possibilitando, assim, seu exercício. Esse é, exatamente, o caso do art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer a ideia de período de serviço efetivo, conceito informador necessário para a plena efetivação do direito fundamental a uma jornada digna, previamente estabelecido pela Constituição Federal.

Não se pode dizer, aliás, que a legislação trabalhista, em qualquer de seus dispositivos normativos, estabeleça restrição ao direito fundamental de uma jornada de trabalho digna, conforme inscrito pelo Texto Constitucional.

Atentando-se, a título de exemplo, ao controle de jornada externa, observa-se, apenas, a não obrigatoriedade de controle da jornada pela empresa, ou seja, a responsabilidade por controlar - e, por conseguinte, limitar a jornada - passa do empregador para o empregado, em nada limitando, portanto, o direito à jornada digna. Corroborando essa posição, de não afetação do direito fundamental de jornada digna pelo trabalho externo, o fato de, mesmo nesses casos, se retomar a exigibilidade de controle pelo empregador caso exista disponibilidade de instrumentos tecnológicos capazes de viabilizar tal controle. Esse é, exatamente, o caso dos motoristas, cada vez mais submetidos a sistemas de controle, não apenas de deslocamento e velocidade, mas principalmente de geolocalização e análise de dados originados de equipamentos de controle de comportamento e atividade (sensores, câmeras, etc.).

O mesmo se observa no caso dos cargos de confiança. Não há, nessa hipótese, também, a restrição ao direito fundamental à jornada digna. O que se faz, ao menos normativamente, é estabelecer uma contraprestação pecuniária decorrente da pressuposição, em decorrência

de determinada situação fática, da frágil efetividade (eficácia social) do direito fundamental.

Tal presunção de fragilidade, ou seja, de que o contexto fático frequentemente impõe circunstâncias de não efetividade, está expressa e diretamente disposta no Texto Constitucional, no inciso XVI do mesmo art. 7º, ao estabelecer que as horas de serviços extraordinários serão remuneradas, no mínimo, com valor cinquenta por cento superior ao da hora normal. Trata-se, portanto, não de limitação, mas de reconhecimento do direito fundamental de uma jornada digna, bem como de estabelecimento de compensação em casos de seu não cumprimento, sendo também a compensação, por força do Texto Constitucional, alçado à categoria de direito fundamental.

Ainda considerando o verdadeiro sistema de proteção à jornada digna estabelecido na Carta Política de 1988, pode-se extrair, com exatidão e relativa facilidade, a previsão de três estados do trabalhador quanto à alocação de seu tempo: primeiro, o tempo de trabalho normal; segundo, o tempo extraordinário, que excede o tempo normal; e terceiro, por exclusão, o tempo de descanso. Nesse sentido, importante avaliar a receptividade, pela Constituição de 1988, do art. 4º da CLT, que estabelece:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Não há dúvida quanto à receptividade literal da parte inicial do dispositivo legal que dá contorno mais claro à jornada de trabalho ao definir, com exatidão, o período de serviço efetivo. Já a parte final, que estabelece uma potencial flexibilização do conceito por “disposição especial expressamente consignada” deve ser alvo de uma interpretação conforme a Constituição, possibilitando, a flexibilização no sentido de aumentar a eficácia do direito fundamental à jornada digna, mas impedindo ajustes com potencial de mitigá-lo, já que não há autorização constitucional, seja ela expressa ou mesmo não escrita, que a tornem viável.

Com tudo isso posto, passa-se, então, à avaliação da incidência

das hipóteses de limitação dos direitos fundamentais. Para tanto, a tipologia de limites enunciada por Canotilho é especialmente adequada. Para o emérito professor de Coimbra, há três tipos de limites ou restrições possíveis, no âmbito dos direitos fundamentais (2003, p. 1276 e ss.):

- (1) Restrições constitucionais diretas ou imediatas, ou seja, restrições directamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais;
- (2) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição (reserva de lei restritiva);
- (3) restrições não expressamente autorizadas pela constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.

De pronto, descartam-se os tipos (1) e (2), pois a Constituição de 1988 é silente tanto na definição de restrições (relembrando que o inciso XVI do art. 7º não trata de restrição, mas outro direito fundamental decorrente da pressuposição de não efetividade do direito à jornada digna, nos termos do próprio Texto Constitucional) quanto na autorização para o estabelecimento de limitações legais.

50

Resta, então, a necessária análise do terceiro tipo, ou seja, limites constitucionais não expressos. Especificamente tratando do tempo de espera estabelecido pelo art. 235-C da CLT, evidente limitador do direito de jornada digna, nos termos da Constituição Federal, evidente a falta completa de outro direito fundamental colidente a ponto de justificar tal limitação.

Ademais, mesmo genericamente considerado, importante considerar a imensa dificuldade de se estabelecer limitação ao direito à jornada digna, tendo em vista o altíssimo grau de clareza e eficácia formal do Texto Constitucional, constituído por normas fechadas, com alta densidade normativa.

#### **4 DO TEMPO DE ESPERA DO MOTORISTA PROFISSIONAL E SUA INCONSTITUCIONALIDADE TAMBÉM BASEADA NO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO**

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho

e da livre iniciativa, nos termos do art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, regendo-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição Federal).

Em consonância com tais diretrizes, os §§ 1º ao 3º do art. 5º da Constituição Federal apontam a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não apenas os previstos na própria Constituição, mas todos aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, notadamente os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos.

Ainda, na Constituição Federal, no Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, inclui-se o Capítulo II, dos Direitos Sociais, no qual o art. 7º prevê direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, sem excluir outros que visem à melhoria de sua condição social. Os incisos XIII e XXII do mesmo artigo (último citado) dispõem sobre a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Não fosse isso o bastante, por meio do Decreto nº 591 de 6-7-1992, o Brasil tem por obrigação a execução e cumprimento integral do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966; aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; cuja Carta de Adesão foi depositada em 24 de janeiro de 1992. O art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê que os Estados Partes do Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições justas e favoráveis de trabalho, 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 feridos.

Não paira mais dúvida acerca da condição de direitos fundamentais e humanos dos direitos sociais. Em destaque lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 221-222):

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada.

52

Dessa forma, os direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal, em destaque no presente caso, da duração do trabalho e da redução dos riscos inerentes ao trabalho, são direitos fundamentais do trabalhador e, também, direito humano.

Como tais, estão sujeitos a regramento próprio, que inclui a segurança jurídica como forma de proteção de direito fundamental, tendo como corolário a proibição do retrocesso e suas diversas manifestações, tese esposada de forma brilhante por Sarlet (2015, p. 453):

Que – situando a questão no contexto da segurança jurídica – resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isso, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional (consoante já

analisado), seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso.

A questão da limitação do tempo de trabalho, como medida que visa à proteção do trabalho humano e à dignificação do trabalhador, conforme destacado pelo louvável Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, MARANHÃO, *et al.*, 2005, p. 802 e ss.), remonta o século XIX, fortalecida no século XX, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual emanaram diversas Convenções Internacionais e Recomendações que abordam o tema, dentre outros.

Conforme já destacado a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, limitou a duração do trabalho normal a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no seu art. 4º, considera como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens.

O referido dispositivo infraconstitucional conforma o direito fundamental (constitucional, por pressuposto lógico) social da duração do trabalho, indispensável à higidez do trabalhador.

Com relação ao motorista profissional, muito se discutiu acerca da aplicação do Capítulo II da CLT, referente à Duração do Trabalho, ao argumento de que se enquadrava na exceção prevista no art. 62, I, do mesmo Diploma Legal, que exclui do regime previsto no referido capítulo os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

No entanto, também de longa data, a atividade exercida pelo motorista profissional, ainda que externa, não era incompatível com o controle, pelo empregador, do horário de trabalho, diante dos diversos dispositivos instalados nos veículos, de controle e localização, conforme

já citado neste texto. Nem se argumente que tais dispositivos se valiam apenas para controle do veículo, voltados à segurança patrimonial da carga e do próprio veículo (deveras valioso), uma vez que, indiscutivelmente, também possibilitava o total controle do trabalhador (não somente da jornada laboral), às vezes, até mesmo de suas necessidades fisiológicas (diante dos dispositivos de bloqueio do veículo).

Com o advento da Lei n. 12.619, publicada em 30 de abril de 2012, que inseriu a Seção IV-A no Capítulo I do Título III da CLT findou-se a controvérsia sobre a possibilidade de controle de jornada dos motoristas, que passou a ser obrigatório.

A Lei n° 12.619/2012 acresceu na CLT, dentre outros, o art. 235-C, com a seguinte redação:

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será a estabelecida na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho.

§ 1º Admite-se a prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias.

§ 2º Será considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso.

§ 3º Será assegurado ao motorista profissional intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, além de intervalo de repouso diário de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas e descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas.

§ 4º As horas consideradas extraordinárias serão pagas com acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho.

§ 5º À hora de trabalho noturno aplica-se o disposto no art. 73 desta Consolidação.

§ 6º O excesso de horas de trabalho realizado em um dia poderá ser compensado, pela correspondente diminuição em outro dia, se houver previsão em instrumentos de natureza coletiva, observadas as disposições previstas nesta Consolidação.

§ 7º (VETADO).

§ 8º São consideradas tempo de espera as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga

do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento).

Destacam-se alguns aspectos importantes do dispositivo legal citado, com a redação dada pela Lei nº 12.619/2012 (atualmente não mais em vigor), para o caso em análise: adotou-se a jornada de trabalho estabelecida na Constituição Federal (não poderia ser diferente); admitiu-se a prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias; trouxe o conceito de tempo de espera, assim consideradas, segundo a então redação, as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias; estipulou-se o pagamento das horas relativas ao período do tempo de espera indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento); restou considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso.

Ora, como considerar o tempo de espera, como horas que excedem à jornada normal de trabalho do motorista (que fica aguardando carga ou descarga do veículo ou fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias), sem considerá-las como horas extraordinárias e pagá-las com o acréscimo de apenas 30% (trinta por cento) do valor do salário-hora?

Surgiram, então, com a publicação da Lei nº 12.619/2012, discussões acerca da inconstitucionalidade da regra infraconstitucional, por fixar adicional inferior ao previsto na Constituição Federal para a remuneração do serviço extraordinário de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) à do normal (art. 7º, XVI).

Efetivamente, considerando a duração do trabalho normal fixado pela Constituição Federal (oito horas diárias e quarenta e quatro semanais) e a complementação da norma constitucional pela norma

infraconstitucional, considerando como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (CLT, art. 4º), não há como admitir que o motorista profissional que, em viagem de longa distância, longe de sua residência por vários dias, quando fica junto do veículo, em clientes da empregadora para carga ou descarga ou em barreiras alfandegárias (aduanas), completamente à disposição do empregador, não esteja em plena jornada laboral.

Por isso, considerando, como exposto anteriormente, a completa impossibilidade de estabelecimento de uma categoria de tempo de trabalho diferente do tempo normal e do extraordinário, nos termos da própria Carta Maior, flagrantemente inconstitucional a disposição do art. 235-C da CLT, dada pela Lei nº 12.619/2012, não apenas por prever adicional em percentual inferior (30%) ao previsto na Constituição Federal (50%), mas, antes disso e principalmente, por ser inconstitucional diante do princípio da vedação do retrocesso, ao excluir da jornada laboral tempo em que o empregado está à disposição do empregador (tempo de espera).

56

Somente se pode falar em inconstitucionalidade do adicional, se se estiver considerando remuneração do serviço extraordinário, logo, computado na jornada laboral.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 463), ao tratar do **princípio da proibição do retrocesso**, na ordem constitucional brasileira, citando lição do Ministro Luís Roberto Barroso, afirma:

Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regular um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.

Tamanha foi a celeuma criada pela disposição do art. 235-C da CLT, dada pela Lei nº 12.619/2012, que, em 2015, a Lei nº 13.103, de 2 de março, revogou grande parte do dispositivo legal, dando-lhe nova redação (aliás deu nova redação à praticamente toda a Seção IV-A do Capítulo I do Título III da CLT):

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional

será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias.

§ 1º Será considerado como trabalho efetivo o tempo em que o motorista empregado estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso e descanso e o tempo de espera.

§ 2º Será assegurado ao motorista profissional empregado intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, podendo esse período coincidir com o tempo de parada obrigatória na condução do veículo estabelecido pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, exceto quando se tratar do motorista profissional enquadrado no § 5º do art. 71 desta Consolidação

§ 3º Dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, são asseguradas 11 (onze) horas de descanso, sendo facultados o seu fracionamento e a coincidência com os períodos de parada obrigatória na condução do veículo estabelecida pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, garantidos o mínimo de 8 (oito) horas ininterruptas no primeiro período e o gozo do remanescente dentro das 16 (dezesesseis) horas seguintes ao fim do primeiro período.

§ 4º Nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional empregado permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, o repouso diário pode ser feito no veículo ou em alojamento do empregador, do contratante do transporte, do embarcador ou do destinatário ou em outro local que ofereça condições adequadas.

§ 5º As horas consideradas extraordinárias serão pagas com o acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou compensadas na forma do § 2º do art. 59 desta Consolidação

§ 6º À hora de trabalho noturno aplica-se o disposto no art. 73 desta Consolidação.

§ 7º (VETADO)

§ 8º São considerados tempo de espera as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computados como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal.

§ 10. Em nenhuma hipótese, o tempo de espera do motorista empregado prejudicará o direito ao recebimento da remuneração correspondente ao salário-base diário.

§ 11. Quando a espera de que trata o § 8º for superior a 2 (duas) horas ininterruptas e for exigida a permanência do motorista empregado junto ao veículo, caso o local ofereça condições adequadas, o tempo será considerado como de repouso para os fins do intervalo de que tratam os §§ 2º e 3º, sem prejuízo do disposto no § 9º.

§ 12. Durante o tempo de espera, o motorista poderá realizar movimentações necessárias do veículo, as quais não serão consideradas como parte da jornada de trabalho, ficando garantido, porém, o gozo do descanso de 8 (oito) horas ininterruptas aludido no § 3º.

§ 13. Salvo previsão contratual, a jornada de trabalho do motorista empregado não tem horário fixo de início, de final ou de intervalos.

§ 14. O empregado é responsável pela guarda, preservação e exatidão das informações contidas nas anotações em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou no registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo, ou nos rastreadores ou sistemas e meios eletrônicos, instalados nos veículos, normatizados pelo Contran, até que o veículo seja entregue à empresa.

§ 15. Os dados referidos no § 14 poderão ser enviados a distância, a critério do empregador, facultando-se a anexação do documento original posteriormente.

§ 16. Aplicam-se as disposições deste artigo ao ajudante empregado nas operações em que acompanhe o motorista.

O art. 235-C da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.103/2015, manteve a exclusão do tempo de espera como de trabalho efetivo ou hora extra (§§1º e 8º), ainda que se exija sua permanência junto ao veículo (§ 11) e realizando movimentações necessárias do veículo (§ 12), sendo que, na tentativa de corrigir a suposta inconstitucionalidade do adicional de 30%, precarizou ainda mais a condição de trabalho do motorista profissional, estabelecendo a indenização do tempo de espera na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal (§ 9º).

Completamente esdrúxulas as disposições legais citadas (art. 235-C, §§ 1º, 8º, 9º, 10º, 11 e 12, da CLT) e inconstitucionais, uma vez que o art. 4º da CLT, recepcionado pela Constituição Federal e perfeitamente compatível finalisticamente, já define o tempo de serviço efetivo como o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, implementando a norma constitucional de limitação da jornada laboral e pagamento de jornada extraordinária com acréscimo de 50%, havendo **retrocesso social**, inconstitucional, nas disposições citadas (equivalentes da redação anterior dada pela Lei nº 12.619/2012 - art. 235-C, §§ 2º, 8º e 9º, da CLT).

Já, em 1939, a Convenção 67 da OIT estabeleceu as horas de trabalho e os períodos de descanso no Transporte Rodoviário e o aqui denominado tempo de espera, lá chamado de trabalhos auxiliares ou períodos de mera presença, está englobado nas horas de trabalho (jornada laboral).

Ademais, no caso do motorista profissional a limitação de jornada consiste não somente em medida de preservação de sua saúde e segurança, mas de toda a coletividade, uma vez que, no trânsito, há estar sempre atento, com coordenação plena dos movimentos e reflexos, sob pena de sofrer e causar acidentes fatais, frequentemente provocados pelo excesso de trabalho e fadiga decorrente do trabalho penoso, não sendo olvidada a ingestão de substâncias psicoativas pelos motoristas no intento de manterem-se acordados, não obstante o cansaço extremo, tornando a situação ainda mais grave e alarmante.

Portanto, a questão da jornada laboral do motorista profissional está intimamente ligada à questão de segurança e medicina do trabalho, determinando a Constituição e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que haja redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde e segurança, daí a importância da prevenção, e não da precarização do trabalho.

O saudoso Segadas Vianna (SÜSSEKIND, MARANHÃO, *et al.*, 2005, p. 922), citando palavras do Ministro Alexandre Marcondes Filho, ressalta:

A vida humana tem, certamente, um valor econômico. É um

capital que produz e os atuários e matemáticos podem avaliá-lo. Mas a vida do homem possui, também, um imenso valor afetivo e um valor espiritual inestimável, que não se pode pagar com todo o dinheiro do mundo. Nisto consiste, o valor da prevenção em que se evita a perda irreparável de um pai, de um marido, de um filho, enfim, daquele que sustenta um lar proletário e preside os destinos de sua família. A prevenção é como a saúde. Um bem no qual só reparamos quando o acidente e a moléstia chegam.

Por todo o exposto, inconstitucionais os §§ 1º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 do art. 235-C da CLT (considerando os parágrafos equivalentes do mesmo artigo, na redação anterior dada pela Lei nº 12.619/2012 - §§ 2º, 8º e 9º), por ser o tempo de espera como de efetivo trabalho, devendo ser computado na jornada laboral e pago como hora extraordinária, quando excedida à jornada normal, observada a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 7º, XIII e XVI).

## 5 CONCLUSÃO

O direito a uma jornada digna consiste em direito humano e fundamental, garantido por tratados internacionais de direitos humanos e, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Direitos Sociais), art. 7º, XIII, estabelecida em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, tendo o inciso XVI do mesmo art. 7º fixado, ainda, que as horas de serviços extraordinários serão remuneradas, no mínimo, com valor cinquenta por cento superior ao da hora normal, norma também alçada à categoria de direito fundamental, por força do próprio Texto Constitucional.

Os direitos garantidos no art. 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal têm natureza eminentemente individual, apesar de constante do capítulo dos direitos sociais, atraindo a proteção da reserva legal prevista no art. 60, § 4º, IV, também da Constituição Federal, bem como a blindagem do princípio da proibição do retrocesso social, diante da incorporação ao patrimônio jurídico dos cidadãos, não podendo ser suprimidos.

O art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer a ideia de período de serviço efetivo, traz conceito informador necessário

para a plena efetivação do direito fundamental a uma jornada digna, previamente estabelecida pela Constituição Federal.

A Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, que inseriu a Seção IV-A no Capítulo I do Título III da CLT, referente ao Serviço do Motorista Profissional, ao trazer o conceito de tempo de espera, no art. 235-C, não o considerando como de trabalho efetivo e o remunerando com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento), feriu o direito fundamental à jornada digna (art. 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal).

A Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015, que deu nova redação ao art. 235-C da CLT, manteve a exclusão do tempo de espera como de trabalho efetivo ou hora extra (§§1º e 8º), ainda que exija a permanência do motorista junto ao veículo (§ 11) e realizando movimentações necessárias dele (§ 12). Precarizou ainda mais a condição de trabalho do motorista profissional, estabelecendo a indenização do tempo de espera na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal (§ 9º), potencializando a inconstitucionalidade já existente na redação anterior do dispositivo legal e ferindo mortalmente o princípio do não retrocesso social.

Portanto, inconstitucionais os §§ 1º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 do art. 235-C da CLT (considerando os parágrafos equivalentes do mesmo artigo, na redação anterior dada pela Lei nº 12.619/2012 - §§ 2º, 8º e 9º), por ser o tempo de espera como de efetivo trabalho, devendo ser computado na jornada laboral e pago como hora extraordinária, quando excedida à jornada normal, observada a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 7º, XIII e XVI).

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, F. K. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**, 15 maio 1891. Disponível em: <<http://>

w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\_l-xiii\_enc\_15051891\_rerum-novarum.html>. Acesso em: 16 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, 10 dezembro 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Resolução n.116**, 26 junho 1962. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312454:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312454:NO)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÜSSEKIND, A. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr Editora, v. II, 2005.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.



# AINDA A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA TR, A ADOÇÃO DO IPCA-E E O RESPEITO À COISA JULGADA

*Alessandro da Silva<sup>1</sup>*

**Resumo:** As reiteradas decisões do STF que julgaram ser inconstitucional a adoção da TR como índice de atualização de débitos judiciais serviram de fundamento para que o TST, em sessão plenária, tenha declarado que o art. 39 da Lei nº 8.177/1991 é inconstitucional e tenha determinado a adoção do IPCA-E em substituição à TR na atualização monetária dos débitos na Justiça do Trabalho. Todavia, essa decisão teve seus efeitos suspensos, por força de liminar concedida em Reclamação pelo Ministro Dias Toffoli do STF. O presente artigo tem por objetivo compreender o quadro normativo que regula essa matéria e apontar quais os índices de correção monetária são aplicáveis atualmente aos débitos trabalhistas.

**Palavras-chave:** Correção monetária. Débitos trabalhistas. Inconstitucionalidade da TR. Adoção IPCA-E. Divergência jurisprudencial.

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2015 foi marcado pela discussão acerca do índice que deve ser adotado para atualizar os débitos oriundos de ações trabalhistas, polêmica que envolveu decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente coube ao TST, por ocasião do julgamento do ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, “declarar a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão ‘equivalentes à TRD’, contida no *caput* do artigo 39 da Lei nº 8.177/91” e, por consequência, “definir a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto no TRT 12ª Região, mestre e doutorando em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho”.

Pouco tempo depois, e antes que os efeitos da decisão do TST tivessem sido devidamente assimilados, o Ministro Dias Toffoli do STF deferiu pedido liminar formulado na Reclamação 22012 MC/RS, impetrada pela Federação Nacional dos Bancos, para “suspender os efeitos da decisão reclamada e da ‘tabela única’ editada pelo CSJT em atenção a ordem nela contida”.

Desde então ficou a impressão de que não teria havido nenhuma mudança e a TR deveria continuar a ser adotada com índice de correção monetária dos débitos trabalhistas, tal qual vinha sendo feito. O presente artigo objetiva compreender o quadro normativo que regula essa matéria e demonstrar que essa impressão está equivocada.

## **2 A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS – BREVE HISTÓRIA DE UMA INIQUIDADE**

64

A correção monetária constitui a atualização do poder aquisitivo da moeda, de sorte a manter o valor original da obrigação. Por conseguinte, “a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional”<sup>2</sup>.

Ainda que nas últimas duas décadas não tenhamos enfrentado períodos de hiperinflação, a perda do poder aquisitivo da moeda é um fato notório, amplamente reconhecido nas relações sociais e objeto de vários índices que se destinam a representá-la matematicamente. A falta de atualização ou a adoção de um índice que não reflita com precisão a variação do custo de vida tem enorme influência no valor real da obrigação que, com o passar do tempo, pode ser drasticamente reduzida ou simplesmente desaparecer<sup>3</sup> (LEDUR e RENCK, 1990, p. 82-86).

---

<sup>2</sup> STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992.

<sup>3</sup> Em artigo publicado no ano de 1990, José Felipe Ledur e Beatriz Renck destacavam a

Trata-se, portanto, de um instrumento que deve servir à manutenção do equilíbrio na relação obrigacional, mas, quando manejado de forma inadequada, se constituiu em poderoso, e no mais das vezes silencioso, meio de transferência de renda do credor para o devedor.

Apesar de sua evidente relevância, a discussão acerca da correção monetária parece não entusiasmar os meios jurídicos e raramente é alvo de mobilização dos trabalhadores que, via de regra, são os credores das obrigações trabalhistas.

A primeira norma legal a tratar da correção monetária foi o Decreto-lei nº 75/1966, cujo art. 1º estabelecia:

Art. 1º Os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas a qualquer título, pelas empresas abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, aos seus empregados, quando não liquidados no prazo de 90 (noventa) dias contados das épocas próprias, ficam sujeitas à correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia.

Na justificativa para a imposição da correção monetária aos débitos trabalhistas, o referido Decreto-lei apresentou os seguintes fundamentos:

CONSIDERANDO o imperativo de coibir os abusos de direito que se têm verificado na retenção ou retardamento indevidos de salários e de outros pagamentos devidos aos empregados

---

necessidade de ser adotada a correção diária dos débitos em razão da hiperinflação que assolava o Brasil: “O País está mergulhado em uma crise econômica sem precedentes, em que a inflação oficial já passa dos 50% mensais. As consequências nefastas dessa crise, obviamente, são suportadas pelos segmentos sociais que não fazem da especulação financeira a sua ocupação cotidiana. Enquanto o mercado financeiro vive dias de ‘euforia’, derivada dos recordes que o ‘over’ bate sucessivamente, nas relações comerciais procura-se fazer frente à sanha inflacionária, recorrendo-se à correção diária dos preços. No âmbito da Justiça do Trabalho consegue-se, até o presente momento, ignorar olímpicamente a brutalidade derivada da perda do poder aquisitivo da moeda. Mantém-se a correção monetária mensal dos créditos ditos privilegiados... É comum, - e não podia ser diferente diante do não-uso dos métodos adequados - que, no final dos meses, não sobrem lugares nos balcões das Secretarias das Juntas, para todos os devedores que vêm saldar seus débitos, a essas alturas defasados em mais de 50%. Constata-se que é verdadeira a impressão, cada vez mais generalizada, segundo a qual apostar na Justiça do Trabalho é um excelente negócio... para os devedores”.

por parte de empresas, ainda mais prolongados por meio de sucessivos recursos judiciais protelatórios;

CONSIDERANDO que esses fatos, geradores de tensões sociais, não só pela injustiça social que representam, como pelo efetivo desamparo em que vem deixando, meses a fio consideráveis grupos de trabalhadores, têm levado o Governo a intervir seguidamente para encontrar soluções momentâneas, sem que, entretanto o abuso possa ser adequadamente suprimido;

CONSIDERANDO que as tensões sociais, daí resultantes afetam necessariamente à segurança nacional;

Percebe-se que a inexistência de correção monetária era um meio utilizado de forma deliberada por empregadores para reduzir o valor dos salários e outras verbas trabalhistas pela ação da inflação que desvalorizava a moeda. As distorções eram tão flagrantes que até mesmo a ditadura civil-militar instalada com o golpe de 1964 precisou tomar medidas para evitar a corrosão do valor real das obrigações, decorrente da falta de atualização.

66

Em seguida, a Lei nº 6.423/1977 determinou que a correção da “expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)” (art. 1º), e a Lei nº 6.899/1981 estabeleceu que “a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios” (art. 1º).

Em março de 1986, em meio a uma série de medidas econômicas aplicadas com o Plano Cruzado, a ORTN foi substituída pela Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), que passou a ser utilizada como fator de atualização dos débitos trabalhistas, por força do Decreto-lei nº 2.322/1987, que também determinou que os juros passassem a ser de 1% ao mês, de forma capitalizada.

No início de 1989, foram instituídas várias reformas econômicas conhecidas como Plano Verão, momento em que a Lei nº 7.730/1989 extinguiu a OTN como fator de correção e vinculou a atualização de vários débitos, inclusive os decorrentes da legislação trabalhista, aos índices de reajuste dos depósitos da poupança:

Art. 6º A partir de fevereiro de 1989, serão atualizados monetariamente pelos mesmos índices que forem utilizados para

atualização dos saldos dos depósitos de poupança;

I - os saldos das contas de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, mantida a periodicidade trimestral;

II - os saldos devedores dos contratos celebrados por entidades integrantes do Sistemas Financeiros da Habitação e do Saneamento - SFH e SFS, lastreados pelos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, mantida a periodicidade prevista contratualmente;

III - as operações ativas e passivas dos fundos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação;

IV - demais operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro da Habitação com cláusula de atualização monetária vinculada à variação da obrigação do Tesouro Nacional - OTN;

**V - os débitos decorrentes da legislação do trabalho não pagos no dia do vencimento.** (grifei)

Dessarte, as alterações nos índices de reajuste da poupança passaram a ter impacto direto na atualização monetária dos débitos trabalhistas.

Em janeiro de 1991, foi implantado o Plano Collor II, cujas principais ações fizeram parte da Medida Provisória 294, que, com o objetivo de desindexar a economia, extinguiu o BTN Fiscal, o Bônus do Tesouro Nacional (BTN), o MVR e as demais unidades de contas assemelhadas que eram atualizadas, direta ou indiretamente, por índices de preços.

Essa mesma MP criou a Taxa Referencial (TR), “calculada a partir da remuneração mensal média, líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nas agências de bancos comerciais, bancos de investimentos e bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, e/ou de títulos públicos federais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 1º). Também foi criada a Taxa Referencial Diária (TRD), cujo valor diário correspondia “à distribuição, *pro rata* dia da TR fixada para o mês corrente” (art. 2º).

O art. 11 da MP 294 determinou que os depósitos de poupança deveriam passar a ser remunerados pela “taxa correspondente à acumulação das TRD no período transcorrido entre o dia do último

crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento exclusivo”, assim como estabeleceu um “adicional, por juros de meio por cento ao mês”. Portanto, a TR passou a ser utilizada como índice de reajuste da poupança que, por sua vez, também era o índice de atualização dos débitos trabalhistas, por força do art. 6º, IV, da Lei nº 7.730/1989.

A MP 294 foi convertida na Lei nº 8.177/1991, na qual foi incluído o art. 39, *in verbis*:

Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

§ 2º Na hipótese de a data de vencimento das obrigações de que trata este artigo ser anterior a 1º de fevereiro de 1991, os juros de mora serão calculados pela composição entre a variação acumulada do BTN Fiscal no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e 31 de janeiro de 1991, e a TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e seu efetivo pagamento.

De imediato, evidencia-se que esse dispositivo legal não trata expressamente da correção monetária dos débitos trabalhistas. O *caput* determina a aplicação de “juros de mora equivalentes à TRD” a partir da data de vencimento da obrigação, enquanto que o § 1º estabelece a esses juros de mora serão acrescidos “juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*”.

A inexistência de menção à correção monetária se deve ao fato de que a Lei nº 8.177/1991 teve por objeto estabelecer “regras para a desindexação da economia”, objetivo que somente poderia ser alcançado com o fim das atualizações automáticas de preços e obrigações. Para

tanto foi extinto um conjunto de indexadores que corrigiam os valores de contratos, fundos financeiros, fundos públicos, bem como as dívidas com a União, entre outros. O objetivo do governo era centralizar os índices de correção na TR, publicada pelo Banco Central, e, por consequência, dominar a inflação.

Logo, quando o *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/1991 se refere a “juros de mora”, em verdade está a tratar da correção monetária, constatação amplamente aceita na doutrina<sup>4</sup> (CARRION, 2001, p. 622) e jurisprudência<sup>5</sup> trabalhistas.

O fracasso das medidas econômicas adotadas na citada lei já faz parte da história, mas a TR sobreviveu<sup>6</sup> ao Governo Collor e continuou a ser utilizada como índice de atualização da poupança e dos débitos trabalhistas, o que tem acarretado perdas substanciais no valor real dessas obrigações. Isso porque o cálculo da TR foi idealizado para indicar a previsão do mercado financeiro para a inflação em determinado período futuro.

Na década de 1990, ela se aproximava da inflação, mas a

---

<sup>4</sup> “A TRD, Taxa Referencial Diária, acumulada é uma correção monetária camuflada (Lei 8.177/91, art. 39), apesar de ter sido denominada juros de mora (...)”.

<sup>5</sup> O.J. 300 da SDI-I do TST: “EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 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 nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01”.

<sup>6</sup> A Lei nº 8.660/1993 alterou o critério de cálculo da TR e extinguiu a TRD para os negócios jurídicos. Desde então, a partir de construção jurisprudencial, entendeu-se que a correção se faria pela TR (Taxa Referencial de Juros) que substituiu a TRD para os negócios jurídicos celebrados antes de 1º de maio de 1993 e que também passou a servir como remuneração básica dos depósitos de poupança (art. 7º).

A Lei nº 8.880/1994, segunda etapa do Plano Real, introduziu a Unidade Real de Valor (URV) como fator de reajuste do cruzeiro real e a Medida Provisória 542, de 30-6-1994, convertida na Lei nº 9.069/1995, oficializou o Real como moeda e adotou o IPC-r como índice geral de correção monetária, mas manteve o art. 39 da Lei nº 8.177/1991 como critério legal para a atualização dos débitos trabalhistas (art. 27, § 6º).

Por fim, a Medida Provisória 2.074-73 de 25-1-2011, convertida na Lei nº 10.1092/2001, dispôs sobre medidas complementares ao Plano Real e determinou que “Permanecem em vigor as disposições legais relativas a correção monetária de débitos trabalhistas (...)” (art. 15).

partir de 1999 passou a apresentar defasagem, decorrente de alterações promovidas na sua fórmula de cálculo (DIEESE, 2013). No ano 2000, a TR ficou em 2,10% e manteve uma trajetória decrescente até chegar a uma taxa de 0,29% em 2012, de 0,19% em 2013 e de 0,85% em 2014. Embora esse período tenha registrado, na maior parte dos anos, baixos índices de inflação, como a TR apresentou patamares ainda mais baixos, a diferença, entre essa taxa e o INPC, apresenta números negativos desde 1999.

Em suma, a TR não conseguiu recompor a inflação nos débitos trabalhistas, que acumularam perdas de 1999 a 2012 de 48,3% (DIEESE, 2013, p. 9), situação que claramente não respeita o direito do credor de ver mantido o valor original da obrigação que, vale recordar, tem caráter alimentar e se destina à subsistência do trabalhador e de sua família.

Somada à inexistência de honorários de sucumbência no processo do trabalho, que obriga o credor trabalhista a destinar cerca de 20% de seu direito para o pagamento dos honorários advocatícios, temos uma situação de flagrante iniquidade, conforme bem ilustrou José Lucio Munhoz:

Desse modo, um trabalhador que tinha R\$ 10 mil para receber em janeiro de 2009, além de toda a demora (idas às audiências, exposição pessoal, juntada de papelada, convencimento de testemunhas, etc.), se vencedor da ação, receberá apenas o equivalente a R\$ 6,1 mil, eis que 23% foi devorado pela inflação não reconhecida pela Justiça do trabalho e outros 20% serão destinados ao pagamento de seu advogado. Não raro, mesmo em fase de execução, os trabalhadores ainda dão um “desconto” no total devido, para viabilizar o recebimento mais rápido de sua parcela, através de um acordo. (MUNHOZ, 2013)

Como a arte do bom e do justo<sup>7</sup>, o Direito não pode se contentar com a injustiça, de modo que o intérprete deve buscar os instrumentos jurídicos para corrigi-la e restabelecer a equidade, tarefa a que são dedicados os tópicos que seguem.

---

<sup>7</sup> “Jus est ars boni et aequi”, lição do jurista Celso, transcrita logo nas primeiras linhas do Digesto do Imperador Justiniano (483-565 d.C.).

### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA SEGUNDO AS DECISÕES DO STF

Em 2-4-1991, pouco mais de um mês de depois da publicação da Lei nº 8.117/1991, o Procurador-Geral da República impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o número 493, na qual foram atacados os artigos 18, 20, 21, 23 e 24, que determinavam a adoção da TR com novo índice de reajuste dos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação e Saneamento, em substituição aos adotados por ocasião da celebração dos contratos. Em suma, a PGR alegou que os dispositivos legais referidos teriam ofendido o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que assegura o respeito ao ato jurídico perfeito.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 493 “para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, *caput* e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991”.

Na ementa do acórdão ficou assentado que:

[...] A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. [...]” (ADI 493-DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Julgamento: 25/06/1992, publicado no DJ de 04/09/1992 PP-14089)

Apesar de o STF ter deixado bastante clara sua posição no sentido de que a TR não é índice de correção monetária, o legislador voltou a lhe dar essa destinação na Emenda Constitucional 62/2009, que deu a seguinte redação ao § 12 do art. 100 da CF:

Art. 100. [...]

[...]

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, **a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza,**

**será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (grifamos)

[...]

Nessa linha, o art. 5º da Lei nº 11.960/2009 alterou a redação do art. 1º-F à Lei nº 9.494/1997, que passou a estabelecer que:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Os citados dispositivos foram objeto da ADI 4.357, na qual o STF assim se pronunciou:

[...] Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Inadequação manifesta entre meios e fins. Inconstitucionalidade da utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos de relações jurídico-tributárias. Discriminação arbitrária e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (CF, art. 5º, caput). [...] 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário,

responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, § 1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão ‘independentemente de sua natureza’, contida no art. 100, § 12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, § 12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. [...] 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte”. (STF, Pleno, ADI 4.357/DF, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 26.09.2014)

Na fundamentação de seu voto, o relator Ministro Luiz Fux destacou a impossibilidade de atualizar a obrigação a partir de índices de correção monetária que não reflitam a efetiva depreciação da moeda, como ocorre com o reajuste da caderneta de poupança:

Quanto à disciplina da correção monetária dos créditos inscritos em precatórios, a EC nº 62/09 fixou como critério o “índice oficial de remuneração da caderneta de poupança”. Ocorre que o referencial adotado não é idôneo a mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Isso porque a remuneração da caderneta de poupança, regida pelo art. 12 da Lei nº 8.177/91, com atual redação dada pela Lei nº 12.703/2012, é fixada ex ante, a partir de critérios técnicos em nada relacionados com a inflação empiricamente considerada. Já se sabe, na data de hoje, quanto irá render a caderneta de poupança. E é natural que seja assim, afinal a poupança é uma alternativa de investimento de baixo risco, no qual o investidor consegue prever com segurança a margem de retorno do seu capital.

A inflação, por outro lado, é fenômeno econômico insuscetível de captação apriorística. O máximo que se consegue é estimá-la para certo período, mas jamais fixá-la de antemão. Daí por que os índices criados especialmente para captar o fenômeno inflacionário são sempre definidos em momentos posteriores ao período analisado, como ocorre com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e o Índice de Preços ao Consumidor (IPC), divulgado pela Fundação Getúlio Vargas

(FGV). A razão disso é clara: a inflação é sempre constatada em apuração *ex post*, de sorte que todo índice definido *ex ante* é incapaz de refletir a efetiva variação de preços que caracteriza a inflação.

O Ministro Fux rememorou a decisão tomada pelo STF na ADI 493 e destacou que a TR não é índice de correção monetária:

Não bastasse essa constatação, é de se ver que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a Taxa Referencial não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda. Ao julgar a ADIn 493, rel. Min. Moreira Alves, o plenário desta Corte entendeu que o aludido índice não foi criado para captar a variação de preços na economia, daí ser insuscetível de operar como critério de atualização monetária.

Relevante ainda destacar que ficou assentado o posicionamento do STF no sentido de que a adoção de índices de correção monetária que não atualizem a depreciação da moeda constitui ofensa direta ao direito de propriedade:

Assentada a premissa quanto à inadequação do aludido índice, mister enfrentar a natureza do direito à correção monetária. Na linha já exposta pelo i. Min. relator, “*a finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional*”. Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Corrigem-se valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico ao longo do tempo, diante da inflação. A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de capturar o fenômeno inflacionário representa aniquilar o direito propriedade em seu núcleo essencial.

Portanto, segundo reiteradas decisões do STF, a TR não é índice de correção monetária e sua adoção, por não permitir a atualização do valor nominal da moeda, constitui ofensa ao direito de propriedade, assegurado no art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

## 4 A POSIÇÃO DO TST NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 479-60.2011.5.04.0231

Diante da firme postura tomada pelo STF acerca da impossibilidade de adoção da TR como índice de correção monetária, o TST também se manifestou acerca da matéria na Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231, relatada pelo Ministro Cláudio Brandão.

Trata-se de processo oriundo da 7ª Turma do TST, no qual ambas as partes interpuseram agravo de instrumento em recurso de revista, em que era discutido o índice de correção monetária aplicável aos créditos trabalhistas. Os agravos foram providos e, à unanimidade, a Turma decidiu conhecer dos recursos de revista, por violação do art. 100, § 12, da Constituição Federal. Na sequência, foi suscitado o incidente de inconstitucionalidade da expressão “equivalentes à TRD”, contida no caput do artigo 39 da Lei nº 8.177/1991, motivo pelo qual foi determinada a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, em respeito ao art. 97 da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Após fazer um preciso relato histórico acerca da matéria e uma minuciosa análise das decisões do STF, o Tribunal Pleno do TST tomou a seguinte decisão:

D) por unanimidade: a) acolher o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela eg. 7ª Turma e, em consequência, declarar a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “equivalentes à TRD”, contida no *caput* do artigo 39 da Lei nº 8.177/91; b) adotar a técnica de interpretação conforme a Constituição para o texto remanescente do dispositivo impugnado, a preservar o direito à atualização monetária dos créditos trabalhistas; c) definir a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho;

II) por maioria, atribuir efeitos modulatórios à decisão, que deverão prevalecer a partir de 30 de junho de 2009, observada, porém, a preservação das situações jurídicas consolidadas

<sup>8</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

resultantes dos pagamentos efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos, em virtude dos quais foi adimplida e extinta a obrigação, ainda que parcialmente, sobretudo em decorrência da **proteção ao ato jurídico perfeito** (artigos 5º, XXXVI, da Constituição e 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LIDB), vencida a Excelentíssima Senhora Ministra Dora Maria da Costa, que aplicava a modulação dos efeitos da decisão a contar de 26 de março de 2015;

III) por unanimidade, determinar: a) o retorno dos autos à 7ª Turma desta Corte para prosseguir no julgamento do recurso de revista, observado o quanto ora decidido; b) a expedição de ofício ao Exmo. Ministro Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho a fim de que determine a retificação da tabela de atualização monetária da Justiça do Trabalho (tabela única); c) o encaminhamento do acórdão à Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos para emissão de parecer acerca da Orientação Jurisprudencial nº 300 da SBDI-1.

76 É possível perceber que, em grande medida, a decisão do TST apenas reproduziu o entendimento adotado no STF. Todavia, ela foi tomada em controle difuso de constitucionalidade, pela via incidental, cujos efeitos repercutem apenas *inter partes*. Nesses casos “a declaração de inconstitucionalidade não era o objeto de nenhum dos pedidos, mas apenas a razão de decidir. Na verdade [...] era uma questão prejudicial, que precisava ser resolvida como premissa lógica necessária para a solução do litígio” (BARROSO, 2012, p. 151) .

Ocorre que, ao determinar a “expedição de ofício ao Exmo. Ministro Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho a fim de que determine a retificação da tabela de atualização monetária da Justiça do Trabalho (tabela única)”, o TST teria dado efeitos *erga omnes* à decisão. Isso porque a alteração da tabela única acarretaria a adoção do IPCA-E para atualização dos débitos trabalhistas nos processos em curso, observada a modulação dos efeitos a partir de 30 de junho de 2009.

A decisão do TST foi objeto da Reclamação 22012 MC/RS impetrada pela Federação Nacional dos Bancos no STF, na qual foi deferida medida cautelar para “suspender os efeitos da decisão reclamada e da ‘tabela única’ editada pelo CSJT em atenção à ordem nela contida, sem prejuízo do regular trâmite da Ação Trabalhista nº 0000479-60.2011.5.04.0231, inclusive prazos recursais”.

Dentre os fundamentos da liminar destacam-se:

Por não terem sido a constitucionalidade nem a inconstitucionalidade do **caput** do art. 39 da Lei nº 8.177/91 submetidas à sistemática da repercussão geral ou apreciadas em sede de ação do controle concentrado, diferentemente da conclusão exarada no ato reclamado, **nem mesmo a eficácia prospectiva decorrente da nova sistemática de processamento de recursos com idêntica controvérsia poderia ser conferida de forma válida pelo TST à sua decisão**, sob pena de, conforme anteriormente consignado, usurpar aquele Tribunal a competência do STF para decidir, como última instância, controvérsia com fundamento na Constituição Federal.

Ocorre que, ao ordenar a **“expedição de ofício ao Exmo. Ministro Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho a fim de que determine a retificação da tabela de atualização monetária da Justiça do Trabalho (tabela única)”**, o TST foi além do efeito prospectivo possível, em tese, de ser conferido a sua decisão em sede de recurso de revista representativo da controvérsia. Essa “tabela única” consiste em providência do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), por meio da Resolução nº 8/2005 (doc. eletrônico 40), no sentido de conferir uniformidade aos cálculos trabalhistas, tendo em vista a adoção de critérios diferenciados pelo órgãos regionais da Justiça do Trabalho para fins de apuração do índice de atualização.

Assim, a decisão objeto da presente reclamação alcança execuções na Justiça do Trabalho independentemente de a constitucionalidade do art. 39 da Lei nº 8.177/91 estar sendo questionada nos autos principais. Em juízo preliminar, concluo que a “tabela única” editada pelo CSJT por ordem contida na decisão Ação Trabalhista nº 0000479-60.2011.5.04.0231 não se limita a orientar os cálculos no caso concreto; antes, possui caráter normativo geral, ou seja, tem o condão de **esvaziar a força normativa** da expressão “equivalentes à TRD” contida no **caput** do art. 39 da Lei nº 8.177/91, orientando **todas** as execuções na Justiça do Trabalho, razão pela qual assento a presença do requisito do **periculum in mora** para o deferimento do pedido cautelar formulado.

A liminar deferida suspendeu os efeitos da decisão do TST no que tange à modulação dos efeitos e à alteração da tabela única, entretanto não alterou seu principal objeto: a declaração incidental de inconstitucionalidade da “expressão ‘equivalentes à TRD’, contida no *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/91”. Assim sendo, doravante os órgãos

fracionários do TST poderão declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal sem a necessidade de nova submissão ao plenário, nos termos do art. 949, parágrafo único, do CPC/2015<sup>9</sup>.

## 5 O QUADRO ATUAL

Tendo em vista o complexo quadro normativo exposto supracitado, são basicamente três as situações em que a matéria deverá ser objeto de análise, cada uma com caminhos distintos.

### 5.1 Processos em fase de conhecimento

Nos processos que ainda estão em fase de conhecimento cabe a declaração incidental de inconstitucionalidade do *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/1991. Os fundamentos foram amplamente explorados nas várias ocasiões em que o STF já se pronunciou sobre a matéria e, de forma mais específica, na decisão tomada pelo plenário do TST quando julgou a Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231, assim resumidos:

- a) o crédito trabalhista reconhecido por sentença judicial, representativo de obrigação expressa em dinheiro, tem o seu valor depreciado a cada mês, em virtude da inflação;
- b) a depreciação mencionada no item anterior caracteriza empobrecimento do credor trabalhista e correlato enriquecimento ilícito do devedor, ao beneficiar-se de sua própria torpeza, quando insiste em retardar o cumprimento, a tempo e modo, da obrigação contida na decisão judicial definitiva, postura essa, aliás, que viola dever ético que compreende o respeito à atuação do Poder Judiciário;
- c) o reconhecimento de incidência de índice de atualização da dívida que não represente a efetiva e plena desvalorização do

---

<sup>9</sup> Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

poder aquisitivo viola o direito subjetivo do credor trabalhista à própria atualização e, de igual modo, o direito de propriedade que lhe é assegurado constitucionalmente (artigo 5º, XXII); os também constitucionais proteção à coisa julgada (artigo 5º, XXXVI), isonomia de tratamento (artigo 5º, *caput*) e princípio da separação dos Poderes (artigo 2º); e atinge a eficácia e a efetividade do título judicial.

Registre-se que a necessidade de atualização dos débitos trabalhistas está expressamente prevista no art. 882 da CLT<sup>10</sup> e, por consequência, não há risco de se concluir que, ao declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/1991, estar-se-ia negando a existência do direito à correção monetária.

## **5.2 Processos com decisão, já transitada em julgado, que determina a aplicação do art. 39 da Lei nº 8.177/1991**

Quando já existe decisão transitada em julgado que determine a aplicação do art. 39 da Lei nº 8.177/1991 deve ser respeitada a autoridade da coisa julgada (art. 502 do CPC/2015; art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

É de se observar que no RE nº 730.462/SP, decidido de acordo com a sistemática repercussão geral, o STF rejeitou a eficácia rescisória de seus próprios julgados em controle concentrado e firmou a necessidade da ação rescisória para esse fim:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVADA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.

<sup>10</sup> Art. 882 - O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da mesma, **atualizada** e acrescida das despesas processuais, ou nomeando bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código Processual Civil. (grifei)

1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= *eficácia normativa*) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito.

2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= *eficácia executiva* ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional.

3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais *supervenientes* a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.

4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 730462 / SP, Relator Ministro Teori Zavascki, publicado no DJE de 09/09/2015)

As decisões transitadas em julgado permanecem eficazes enquanto não forem objeto de ação rescisória, mesmo quando assentadas em norma declarada inconstitucional em controle concentrado. Por conseguinte, e com maior razão, deverá ser observada a coisa julgada quando a decisão determinou a aplicação do art. 39 da Lei nº 8.177/1991, norma que, embora claramente inconstitucional, somente foi objeto de controle difuso e ainda não foi analisada pelo STF, nem mesmo em casos concretos.

### 5.3 Processos com decisão, já transitada em julgado, que não trataram da correção monetária

Mesmo que não exista pedido na petição inicial e que o título executivo não trate da matéria, a liquidação da obrigação sempre deve incluir os juros de mora e a correção monetária, que são meros acessórios, o que passou a ser expressamente previsto no § 1º do art. 322 do CPC/2015, segundo o qual “Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios”<sup>11</sup>.

Logo, é possível que a discussão acerca do índice de correção monetária somente venha a ser levantada na liquidação do título executivo.

Tendo em vista a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, quando a incidência do art. 39 da Lei nº 8.177/1991 não for expressamente afastada, seria possível presumir que essa norma foi considerada válida e, por consequência, a intenção do julgador que proferiu a sentença seria de aplicá-la ao caso concreto.

Por outro lado, as sentenças também devem ser objeto de interpretação, conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Tanto quanto a lei, se sentença precisa *sempre* ser interpretada,

<sup>11</sup> Esse já era o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 254 do STF: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação”; e na Súmula 211 do TST: “JÚROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEPENDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação, ainda que omissa o pedido inicial ou a condenação”.

ainda quando o significado das palavras, como símbolos de ideias, seja aparentemente muito claro e a conjugação destas no texto, coerente e harmoniosa. Por mais imediata, fácil e segura que seja a captação das ideias, o trabalho de captá-las é sempre uma *interpretação*. Tanto quanto em relação às leis, portanto, em relação às sentenças repudiam-se as bases do superado *in claris cessat interpretatio*. (DINAMARCO, 2005, p.676)

Dentre as premissas que devem balizar a interpretação de uma sentença destaca-se a da razoabilidade, segundo a qual se deve evitar que dela sejam extraídas conclusões que levem ao absurdo, assim como deve ser evitada a interpretação que atribua ilegalidades ou inconstitucionalidades à decisão objeto da interpretação:

Sempre que seja possível extrair das palavras empregadas mais de um significado, e ainda quando a intenção mais provável do prolator seja por uma opção inconstitucional ou ilegal, é dever do intérprete fazer como que uma *conversão* da sentença, de modo a extrair de suas palavras um significado razoável segundo o direito positivo (*a mens legis deve superar a mens legislatoris*). (DINAMARCO, 2005, p.678)

82

Assim sendo, é de se concluir que, quando o título executivo não tratou expressamente da correção monetária, o intérprete deverá afastar a aplicação do art. 39 da Lei nº 8.177/1991, em razão da incompatibilidade desse dispositivo com a ordem constitucional, como já amplamente demonstrado supracitado.

## 6 A ADOÇÃO DO IPCA-E EM SUBSTITUIÇÃO À TR

Uma vez afastada a aplicação da TR, surge a discussão acerca do índice que deve ser utilizado para a atualização do débito trabalhista.

Nas ocasiões em que se manifestaram sobre a matéria, tanto o STF quanto o TST decidiram que deve ser utilizado o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – Especial – IPCA-E, calculado pelo IBGE, que considera o impacto do preço de 465 itens no custo de vida de famílias com renda mensal de um a 40 salários mínimos, residentes em onze regiões metropolitanas.

Em razão dessas decisões, o legislador também passou a observar esse índice de correção monetária, como pode ser observado

no art. 27 da Lei nº 12.919/2013, que dispôs sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2014, segundo o qual “A atualização monetária dos precatórios, determinada no §12 do art. 100 da Constituição Federal, **inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de acidente do trabalho**, observará, no exercício de 2014, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - Especial - IPCA-E do IBGE”<sup>12</sup>.

Dessarte, ao declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/1991, a decisão deve indicar o índice que substituirá a TR e que, como visto, tende a ser o IPCA-E.

## 7 CONCLUSÃO

De todo o exposto, é possível concluir que o Direito dispõe de instrumentos para corrigir a situação iníqua a que o art. 39 da Lei nº 8.177/1991 submeteu a atualização dos débitos trabalhistas. Trata-se de norma incompatível com vários preceitos estabelecidos na Constituição Federal, condição já reconhecida pelo STF, quando tratou da TR, e pelo TST, em decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma citada.

Nesse quadro, o caminho que se afigura mais consentâneo com a racionalidade que deve caracterizar nosso ordenamento jurídico é que os juízes e tribunais do trabalho também façam a declaração incidental de inconstitucionalidade do *caput* art. 39 da Lei nº 8.177/1991, nos processos submetidos a seu julgamento na fase de conhecimento, assim como na fase de liquidação, quando o título executivo tiver silenciado acerca da matéria.

Por outro lado, aquelas decisões transitadas em julgado que determinaram a aplicação desse dispositivo legal devem ser observadas, em respeito à coisa julgada.

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido o art. 27 da Lei nº 13.080/2015, que dispôs sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015, e o art. 29 da Lei nº 13.242/2015, que dispôs sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2016.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 622.

DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos). **O FGTS e a TR**. Nota Técnica n. 125, junho de 2013. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec125FGTSeTR.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. volume III, 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 676 e p. 678.

LEDUR, José Felipe; RENCK, Beatriz. Correção monetária dos créditos trabalhistas. In.: LEDUR, José Felipe (Coord.). **Modernização do direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1990, p. 82-86.

MUNHOZ, José Lucio. Correção aplicada pela Justiça injustiça trabalhador. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-13/jose-munhoz-correcao-monetaria-usada-justica-injustica-trabalhador>>. Acesso em: 16 jul. 2016

# A DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL



*André Viana Custódio<sup>1</sup>*

*Suzéte da Silva Reis<sup>2</sup>*

**Resumo:** Objetiva-se, com o presente trabalho, analisar a proteção constitucional garantida ao Direito do Trabalho e as violações decorrentes da exploração do trabalho infantil no Brasil. Ao mesmo tempo em que o texto constitucional de 1988 assegura, no seu art. 7º, um rol de direitos aos trabalhadores rurais e urbanos, proíbe, no inciso XXXIII do mesmo artigo, o trabalho aos adolescentes com idade inferior aos dezesseis anos. A proteção assegurada aos trabalhadores e trabalhadoras decorre dos princípios constitucionais, destacando-se, dentre eles, a dignidade humana que é o vetor máximo do ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo Texto Constitucional, no seu art. 227, assegura a proteção integral às crianças e aos adolescentes, estabelecendo que é dever da família, da sociedade e do Estado, garantir os seus direitos fundamentais. Entretanto, o cenário que se vislumbra aponta para um paradoxo, pois o trabalho infantil é uma realidade presente e que contraria todos os preceitos e princípios constitucionais, pois, além da violação aos direitos fundamentais assegurados às crianças e aos adolescentes, o trabalho infantil se constitui numa violação aos direitos sociais dos trabalhadores.

85

**Palavras-chave:** Dignidade humana. Direito Constitucional do Trabalho. Direitos Fundamentais. Trabalho infantil.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha/Espanha, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, andreviana.sc@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Professora de Direito do Trabalho do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, sreis@unisc.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho, como direito social fundamental, encontra abrigo na Constituição Federal de 1988 que assegura não só o direito ao trabalho, mas estabelece, também, um rol de garantias e de direitos aos trabalhadores. Ademais, o mesmo texto estabelece, dentre os princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

A valorização do trabalho decorre da sua importância, tanto para os trabalhadores e trabalhadoras quanto para a sociedade, pois é a partir do trabalho humano que bens e serviços são produzidos. Contudo, inúmeras violações são perpetradas, ferindo a dignidade humana. É o caso do trabalho precário, do trabalho em condição análoga a de escravo, do trabalho terceirizado ilicitamente e de outras formas de trabalho que põem em risco a segurança e a integridade física e mental dos trabalhadores e trabalhadoras. Somado a isso, o trabalho infantil, que é uma realidade presente no cenário brasileiro, constitui-se em outra grave violação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Tal situação representa uma contradição, pois a Constituição Federal, ao consagrar a proteção integral, garante às crianças e aos adolescentes a máxima proteção por parte da família, da sociedade e do Estado. Ao mesmo tempo, constata-se a exploração do trabalho infantil, numa clara violação às disposições constitucionais.

De todas as formas de exploração do trabalho e de violação aos direitos humanos e fundamentais, o trabalho infantil reveste-se de maior gravidade, pois atinge pessoas que se encontram em fase peculiar de desenvolvimento, e não possuem, por si mesmas, condições de exigir o cumprimento dos seus direitos.

A proteção aos trabalhadores adultos, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional, tem por finalidade assegurar as condições dignas do exercício profissional, garantindo a todos os trabalhadores patamares mínimos, como salário mínimo, jornada de trabalho, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade, férias, dentre outros direitos. Ainda, assim, corriqueiramente são constatadas violações.

A gravidade do trabalho infantil, por sua vez, é mais acentuada, tendo em vista que os trabalhadores infantis são despojados dos seus direitos, a começar pela remuneração. Ao longo de sua vida laboral, crianças e adolescentes são expostos ao trabalho sem qualquer contraprestação ou recebem valores ínfimos, se comparados aos adultos nas mesmas condições.

Além disso, as condições e a exposição ao trabalho antes da idade mínima trazem graves consequências, que alcançam não apenas a esfera individual, da criança ou do adolescente, mas também o âmbito social. O trabalho infantil, além dos impactos na saúde e no desenvolvimento físico, psicológico e emocional das crianças e dos adolescentes, que produz sequelas irreversíveis e irreparáveis, provoca impactos econômicos que perpetuam e reproduzem o ciclo intergeracional de pobreza.

O combate ao trabalho infantil é, portanto, condição essencial para garantir o desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes.

## 2 O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

A Constituição é uma fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica, conferindo validade às demais normas jurídicas do ordenamento. Da mesma forma, a Constituição tem eficácia jurídica, o que significa que ela possui aptidão formal para incidir sobre a vida material, regendo as relações concretas (DELGADO, 2014).

A constitucionalização do direito, a partir da promulgação da Constituição do México, em 1917, e da Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, conferiu um novo *status* ao Direito do Trabalho. Apesar de a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, já estabelecer uma série de direitos e garantias aos trabalhadores, foi a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que, além de firmar a estrutura normativa do Estado Democrático de Direito, tem em seu âmago a proteção à dignidade da pessoa humana. Com isso, ampliou-se a proteção assegurada aos trabalhadores.

De acordo com Delgado (2014), o Direito Constitucional é decisivo no processo de inserção juslaborativa no universo do Direito, não só pela inserção de direitos laborativos, mas dos princípios jurídicos

associados à mesma perspectiva de construção do Direito do Trabalho. Dentre esses princípios, estão a dignidade humana, a valorização sociojurídica do trabalho, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social como facho orientador das ações estatais e da sociedade civil, dentre outros.

A inserção dos direitos sociais nos textos constitucionais data do início do século passado. No entanto, no cenário nacional, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que eles assumem posição central no ordenamento jurídico. No que concerne ao direito do trabalho, os avanços são muitos. A consagração do trabalho como um direito fundamental é de suma importância para as relações laborais.

Os direitos fundamentais possuem dimensões que, segundo Sarlet (2007), não se confundem com gerações. O emprego da expressão “geração” pode ensejar a falsa impressão de alternância, em que uma geração substitui gradativamente a outra. A expressão “dimensão”, por sua vez, não nega que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo e de complementariedade em relação aos anteriores.

Da mesma forma, Sarmento (2004) refere que a expressão “geração” pode induzir a ideia errônea de que existiriam alguns direitos fundamentais mais importantes do que outros, ou que o advento de novos direitos implicaria a superação dos anteriores. Para o autor, o termo “geração” indica, de forma aproximada, o momento histórico em que ocorreu o reconhecimento jurídico do direito em questão.

A titularidade, eficácia e efetivação dos direitos fundamentais foram, ao longo da história, sofrendo alterações. Portanto, o emprego do termo “dimensões” é mais apropriado e expressa a ideia de complementariedade desses direitos.

Sarlet (2007) defende a existência de três dimensões de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem um caráter marcadamente individualista e representam o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII. São direitos de defesa frente ao Estado e exigem a não intervenção estatal e o respeito à esfera da autonomia individual. Além disso, integram o rol de direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à

propriedade e à igualdade perante a lei. Com o passar do tempo, amplia-se o leque e o direito à liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, o direito de participação política, entre outros, passam a integrar o rol de direitos.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, trazem em seu bojo a exigência de um comportamento ativo por parte do Estado, especialmente no que tange à realização da justiça social. Esses direitos se distinguem por sua dimensão positiva, outorgando ao indivíduo o direito às prestações sócio-estatais, configurando-as como direitos de cunho prestacional. Englobam ainda as liberdades sociais, que estão relacionadas à liberdade de sindicalização, do direito de greve e os direitos do trabalhador.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão distinguem-se das anteriores por abrigar direitos que, em regra, não se referem à pessoa individual, mas destinam-se à proteção de grupos, como a família, o povo ou a nação, e nos quais a titularidade é coletiva e/ou difusa (SARLET, 2007). Eles representam o resultado das reflexões sobre temas que dizem respeito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio-ambiente e à qualidade de vida, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Para Sarlet (2007), os direitos de terceira dimensão correspondem a novas roupagens do princípio da dignidade da pessoa humana, adaptados às exigências do homem contemporâneo, mas que já se encontram inseridos nos direitos de primeira dimensão, com exceção, por lógico, daqueles direitos de titularidade notadamente difusa ou coletiva.

A dignidade humana é um dos fundamentos da República Brasileira, conforme estabelece o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e é, ao mesmo tempo, o princípio norteador que orienta a interpretação do ordenamento jurídico e a aplicação normativa, especialmente no âmbito do Direito do Trabalho. Dallari (2002) refere que a dignidade é um valor universal, mesmo diante das diversidades sociais e culturais dos diferentes povos. Todos, independentemente da sua condição, são detentores de igual dignidade.

A dignidade humana, como qualidade intrínseca e distintiva do ser humano, deve ser reconhecida em cada ser humano, decorrente

daí o dever de respeito e de consideração, tanto por parte do Estado, quanto por parte da sociedade. Assim, a pessoa encontra-se protegida, a partir de um complexo de direitos e de deveres fundamentais, contra todo e qualquer ato degradante ou desumano. Da mesma forma, é-lhe assegurado um complexo de garantias de condições existenciais mínimas para uma vida digna (SARLET, 2007).

Entretanto, apesar da proteção constitucional, várias formas de trabalho indignas coexistem. Dentre elas, destaca-se o trabalho infantil. Além da violação a todos os direitos garantidos pela Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e pela Lei Previdenciária, a violação dos direitos fundamentais e à dignidade humana são facilmente percebidas quando se trata do trabalho infantil.

### **3 A INDIGNIDADE DO TRABALHO INFANTIL**

90

Em determinadas ocasiões a identificação das situações de trabalho infantil apresenta contornos nítidos e bem-definidos. Noutras, entretanto, nem sempre há consenso, porque, muitas vezes, a naturalização do trabalho infantil faz com que ele não seja reconhecido como tal, o que dificulta a prevenção e a sua erradicação.

Em termos gerais, a preocupação com a erradicação do trabalho infantil é praticamente consenso. Os organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho, têm demonstrado preocupação com a temática e têm sido editadas convenções que visam assegurar a plena efetivação dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes. Contudo, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram que cerca de três milhões de crianças e adolescentes são vítimas de trabalho infantil.

A Agenda 2030, adotada pela Organização das Nações Unidas, estabelece 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, incluindo dentre eles o emprego decente e de qualidade, bem como a meta de erradicar todas as formas de trabalho infantil até o ano de 2025. Para tanto, é preciso aumentar a frequência escolar para as crianças com idade inferior à idade mínima de admissão ao emprego, bem como melhorar a qualidade da educação ofertada; implementar programas de transferência

condicional de renda para assegurar a manutenção das crianças na escola e estabelecer um conjunto de intervenções ou de programas para o enfrentamento das piores formas de trabalho infantil (<http://www.redcontraeltrabajoinfantil.com/page/estudio-costo-beneficio-pr>).

As ações propostas são cruciais para a erradicação do trabalho infantil, em todas as suas formas, pois os prejuízos decorrentes desse modo de exploração da mão de obra são irrecuperáveis e possuem custos sociais e econômicos significativos.

Contudo, é preciso, antes de tudo, compreender o significado e a amplitude do termo trabalho infantil. O documento *“Iniciativa Regional: América Latina y el Caribe libre de Trabajo Infantil”* reitera que trabalho infantil é aquele realizado por crianças antes da idade mínima permitida para o trabalho, conforme a legislação nacional e internacional, ou por adolescentes que, tendo idade permitida para o trabalho, realizam atividades perigosas que colocam em risco a sua saúde, segurança ou o seu desenvolvimento moral. Destaca-se, também, a necessidade de combater a exploração de crianças e adolescentes nas piores formas de trabalho infantil, incluindo a escravidão, o tráfico, a exploração sexual comercial e os conflitos armados ([https://iniciativaregionalcontraeltrabajoinfantil.files.wordpress.com/2014/10/iniciativa\\_regional\\_espanol\\_vf.pdf](https://iniciativaregionalcontraeltrabajoinfantil.files.wordpress.com/2014/10/iniciativa_regional_espanol_vf.pdf)).

A exploração do trabalho infantil representa uma violação aos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes, devendo ser combatida em todas as suas formas. As razões para intensificar as ações de erradicação são que o trabalho infantil aprofunda a desigualdade social, privando crianças e adolescentes da educação e do desenvolvimento; intensifica a vulnerabilidade econômica e impede o desenvolvimento saudável e integral.

A Organização Internacional do Trabalho tem, sistematicamente, demonstrado preocupação com a erradicação do trabalho infantil e com a aceleração das ações de combate ao trabalho infantil, porque, além da violação de direitos, constata-se um número significativo de jovens em situação de desemprego ou então laborando em condições precárias, com baixa remuneração, baixos índices de proteção social e seguridade, além de não usufruírem de outros atributos do trabalho decente (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2015).

O trabalho infantil, como se constata, traz prejuízos imensuráveis e irreversíveis. Piovesan e Luca (2010, p.362) são enfáticos ao afirmar que o trabalho infantil simboliza uma grave violação aos direitos humanos, na medida em que “nega o direito fundamental à infância, em afronta ao direito da criança e a ser criança, na qualidade de sujeito de direito em peculiar condição de desenvolvimento, a merecer absoluta prioridade e primazia”.

No Brasil, a proteção à infância está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho, previstas como fundamento do Estado Democrático de Direito (ARRUDA, s.d., p. 2). A legislação brasileira proíbe qualquer trabalho para aqueles que têm idade inferior aos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade.

É preciso ressaltar, contudo, que a legislação brasileira permite o trabalho, conforme disposição do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, a partir dos dezesseis anos:

A legislação brasileira permite o trabalho de adolescentes de 16 e 17 anos de idade com as garantias trabalhistas e previdenciárias e a assinatura da carteira de trabalho, desde que a atividade laboral não seja exercida em jornadas extensas e nem em condições perigosas ou insalubres. O Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008, que regulamentou o literal d) do artigo 3º da Convenção 182, da OIT, ratificada pelo Brasil, atualizou a lista de atividades consideradas insalubres e perigosas que sejam susceptíveis de prejudicar a integridade física, mental, social, moral e o desenvolvimento de pessoas abaixo de 18 anos. Pelo Decreto, fica proibido o trabalho do menor de 18 anos - por força de dispositivo da Constituição Federal (art. 7º, XXXIII) - em 94 tipos de atividades, entre elas, a exploração sexual, trabalhos prejudiciais à moralidade e o trabalho doméstico (GUIMARÃES, 2012, p. 167).

Os adolescentes com idade superior aos dezesseis anos podem, portanto, trabalhar, desde que respeitados os limites protetivos para o desenvolvimento das atividades laborais. Contudo, inúmeras crianças e adolescentes trabalham no setor informal ou não têm nenhuma garantia trabalhista.

Diante da precariedade dessa forma de inserção laboral, uma parcela significativa nunca contribuiu para a previdência social, o que,

futuramente, se converterá noutra problema. O ingresso precoce no mercado de trabalho traz prejuízos sérios para a saúde, conseqüentemente, crianças e adolescentes expostos ao trabalho antes da idade permitida, terão problemas de saúde decorrentes dessa prática. Sem o amparo da previdência social, estarão mais uma vez desprotegidos.

Há ainda outra preocupação quanto ao trabalho infantil e a tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e que diz respeito às autorizações judiciais para o trabalho. No período compreendido entre 2005 e 2009 foram concedidas 27.752 autorizações judiciais de trabalho para crianças e adolescentes com menos de dezesseis anos. Dessas, 1.098 foram concedidas para crianças e adolescentes com idade inferior aos quatorze anos. Portanto, “foram emitidas em média 462 autorizações por mês ou 15 autorizações por dia para crianças e adolescentes abaixo da idade para admissão ao trabalho ou ao emprego e, dentre estas autorizações, a cada dois dias foi emitida uma autorização para criança e adolescente abaixo dos 14 anos” (GUIMARÃES, 2012, p.175).

Entretanto, nos últimos anos, essa situação tem sido superada e observa-se uma redução significativa no número de autorizações judiciais para o trabalho. Contudo, o Poder Judiciário continua chancelando o trabalho infantil, pois continua autorizando crianças e adolescentes a trabalharem no meio artístico antes da idade mínima admitida pela Constituição Federal.

A vedação constitucional é clara, não admitindo nenhuma exceção. A única exceção prevista no inciso XXXIII do art. 7º do Texto Constitucional é quanto à condição de aprendiz. O trabalho artístico não difere em nada das demais formas de trabalho, não sendo possível atribuir-lhe um caráter pedagógico.

Ainda que a Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho, no seu art. 8º, contenha tal previsão e que a referida Convenção tenha sido ratificada pelo Brasil, por se tratar de norma de direito fundamental, prevalece a previsão interna. Assim, nenhum tipo de trabalho é permitido antes dos dezesseis anos de idade, exceto na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos (CUSTODIO; VERONESE, 2012).

Tamanha proteção é necessária, pois a negação da infância e a naturalização do trabalho infantil representam uma violação aos direitos humanos de crianças e de adolescentes. Os prejuízos decorrentes da exploração do trabalho infantil, em qualquer uma das suas formas, são irreparáveis.

Diante disso, a discussão sobre a problemática do trabalho infantil é de extrema relevância, pois se configura numa violação aos direitos humanos e fundamentais, assegurados pelas Convenções e Tratados Internacionais, assim como garantidos pela Constituição Federal de 1988, que assegura a proteção integral a todas as crianças e adolescentes.

#### **4 CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO INFANTIL**

O trabalho infantil viola os direitos fundamentais de crianças e adolescentes e representa uma afronta à dignidade humana. Ao consagrar a proteção integral, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a sua condição de sujeito de direitos e estabeleceu o dever de proteção por parte da família, da sociedade e do Estado.

A inserção precoce no mercado de trabalho implica prejuízos graves e irreparáveis:

A verdade é que, quando as crianças ingressam prematuramente no mercado de trabalho, ficam privadas da educação que poderia levá-las a novas oportunidades de vida, o que acaba por manter não só as crianças, como suas famílias e comunidades, em um inesgotável ciclo de pobreza, além de submetê-las a grande sofrimento físico, psicológico e moral, com danos para o resto de suas vidas (ARRUDA, s.d., p. 01).

De acordo com Guimarães (2012), a exposição das crianças ao trabalho as coloca numa situação de risco muito maior do que os adultos. Em razão das características particulares do seu processo de desenvolvimento, as suas capacidades estão em fase de formação e, muitas vezes, a natureza e as condições de trabalho são insalubres e inadequadas do ponto de vista ergonômico, o que pode levar aos acidentes e às doenças do trabalho. Guimarães (2012, p. 178) destaca que o “processo físico, cognitivo, emocional e a natureza ou condição em que a atividade

é realizada, quando conjugados no trabalho infantil impedem o real exercício da cidadania”.

O trabalho dos adolescentes com idade superior a dezesseis anos é permitido, porém há observar as condições dele: que não pode ser exercido em condições insalubres, perigosas ou no horário noturno.

A proibição ao trabalho noturno àqueles que têm idade inferior aos dezoito anos está estabelecida na Constituição Federal, no seu art. 7º, XXXIII, e no art. 404 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa é uma norma imperativa e não admite qualquer ajuste do trabalhador com a empresa, mesmo que tenha assistência do seu responsável legal (SAAD; SAAD; BRANCO, 2016).

Quanto à vedação ao trabalho em condições insalubres ou perigosas, ela tem como objetivo a proteção da criança e do adolescente que, trabalhando precocemente, ficam expostos a riscos que comprometem a sua integridade física. Os trabalhadores têm assegurada a proteção quanto à sua integridade física e às condições de trabalho que lhe garantam a proteção a sua saúde.

Os trabalhadores, portanto, têm “o direito de ver reduzidos os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança laboral” (MARTINEZ, 2014, p. 309). Se a proteção laboral alcança a todos os trabalhadores adultos, por óbvio que devem estar incluídos os trabalhadores infantis, que, apesar das vedações legais, continuam expostos ao trabalho.

Os trabalhadores adultos contêm disposições que lhes asseguram a proteção quanto aos danos que podem decorrer do exercício de uma atividade laboral. Dentre elas, está a realização de exames médicos periódicos, a utilização adequada dos equipamentos de proteção individual e a atenuação da exposição às atividades insalubres ou perigosas.

Atividades insalubres, de acordo com a redação do art. 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), são aquelas que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho expõem os empregados a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância fixados. Portanto, essa exposição aos agentes químicos, físicos ou biológicos acima dos

limites tolerados traz prejuízos à saúde.

Em se tratando dos trabalhadores adultos, a legislação trabalhista exige a utilização dos equipamentos de proteção individual. Todavia, nem mesmo a utilização adequada elide a incidência do adicional de insalubridade, pois, de qualquer modo, o trabalhador sofrerá os efeitos desses agentes. Em razão disso, a realização de atividades em condições insalubres é totalmente vedada aos trabalhadores com idade abaixo de dezoito anos.

A restrição ao exercício de atividades insalubres é justificada pela condição do trabalhador: considerando que seu organismo está em crescimento, e não reage como o do adulto, pois ainda não possui o sistema de defesa maduro (BARROS, 2016).

Nesse sentido, as limitações e as vedações encontram justificativas:

O aparelho respiratório é importante porta de entrada de tóxicos no organismo de crianças e de adolescentes, que, por possuírem grande demanda de oxigênio, precisam ventilar muito mais por unidade de peso corporal do que os adultos. Em consequência, os tóxicos inalados penetram, também, muito mais no organismo de crianças e adolescentes do que em adultos, respirando a mesma concentração do agente tóxico (BARROS, 2016, p. 443).

Da mesma forma, o aparelho gastrointestinal das crianças e dos adolescentes é suscetível de ingresso de agentes químicos e biológicos, com isso o crescimento pode ser afetado por um número elevado de produtos químicos. Barros (2016) exemplifica que, no caso do chumbo, 50% do que é ingerido por crianças é absorvido, enquanto os adultos absorvem apenas 15%.

No organismo dos adultos, os produtos químicos sofrem o processo de biotransformação e com isso são eliminados mais facilmente. Esses processos são enzimáticos e como as crianças e os adolescentes ainda não têm esse sistema amadurecido, o processo de processamento desses produtos é mais lenta, sendo assim eles permanecem por mais tempo no organismo, causando mais danos (BARROS, 2016).

Atividades perigosas, conforme o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, são aquelas que, por sua natureza ou método

de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos, energia elétrica (inciso I), roubo ou outras espécies de violência física, nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial (inciso II). Incluem-se nos inflamáveis também os líquidos combustíveis e os gasosos rarefeitos.

Além do mais, geralmente, as empresas que empregam mão-de-obra infanto-juvenil têm uma pequena capacidade econômica e, em consequência [sic], uma reduzida capacidade de investimento em máquinas e equipamentos modernos, fazendo com que utilizem máquinas e equipamentos obsoletos e sem as proteções e manutenções necessárias para a execução de um trabalho seguro e saudável, além de disporem de uma reduzida capacidade de investimento na melhoria das condições de segurança e saúde (NOTA TÉCNICA À PORTARIA MTE/SIT/DSSTNº 06 DE 18/02/2000, p. 21).

Para Lima (2002, p. 7) é de suma importância o deslocamento da discussão sobre a relação de trabalho como desenvolvimento humano, pois não “se trata de uma mera adaptação das características e condições de trabalho às características das crianças e adolescentes, mas de como trabalhar pode afetar a construção de um indivíduo que se quer saudável e produtivo”.

A inserção laboral antes da idade mínima permitida para o trabalho coloca em risco a integridade física e a saúde de crianças e adolescentes. Dados do Ministério da Saúde apontam para cinco acidentes de trabalho envolvendo crianças e adolescentes por dia no Brasil. A cada mês, pelo menos uma morte é registrada em decorrência de acidente do trabalho. As notificações das unidades de saúde, enviadas ao Ministério da Saúde, apontam que entre 2007 até outubro de 2013 foram registrados cerca de 13.370 acidentes de trabalho envolvendo crianças e adolescentes de até 17 anos de idade. Foram constatadas, ainda, 504 intoxicações, a maioria com agrotóxicos, e 119 mortes. No ano de 2007 foram notificados 551 acidentes. Já no ano de 2012, o número chegou a 3.565. Em relação ao número de mortos, também se observa um aumento: em 2007 foram 5 e em 2012 foram 34 mortes registradas.

Entre 2014 e 2015, foram registrados 6.015 acidentes de trabalho, conforme se verifica na tabela abaixo:

## TABELA: ACIDENTES DE TRABALHO POR ESTADO BRASILEIRO (2014 e 2015)

Estado	2014	2015
Rondônia	43	18
Acre	9	9
Pará	20	17
Amapá	5	19
Tocantins	37	26
Maranhão	17	22
Piauí	11	10
Ceará	61	71
Rio Grande do Norte	11	8
Paraíba	20	18
Pernambuco	33	20
Alagoas	22	21
Sergipe	2	2
Bahia	67	68
Minas Gerais	275	169
Espírito Santo	13	13
Rio de Janeiro	105	34
São Paulo	1709	1095
Paraná	354	342
Santa Catarina	96	169
Rio Grande do Sul	175	174
Mato Grosso do Sul	48	46
Mato Grosso	90	34
Goiás	175	128
Distrito Federal	0	6
TOTAL	3432	2583

Fonte: Sistema Nacional de Agravos de Notificação/ Secretaria de Vigilância à Saúde/ Ministério da Saúde.

Ainda que observada uma redução no número de acidentes, os números são elevados e apontam para a violação de direitos. A gravidade

dos acidentes varia e deixa sequelas irreparáveis, comprometendo o futuro das crianças e adolescentes trabalhadores.

Ademais, é importante referir que, apesar da obrigação de notificar os acidentes do trabalho ser do ano de 2004, nem sempre eles são informados, o que dificulta a realização de um diagnóstico mais seguro a respeito do tema. Portanto, os números que aparecem nas estatísticas nem sempre espelham a realidade.

Muitos empregadores, por haverem contratado irregularmente os trabalhadores infantis, não fazem o registro do acidente o que agrava ainda mais a situação. Sem o amparo econômico do empregador e sem o reconhecimento da condição de segurado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, a criança e o adolescente ficam à mercê da própria sorte. Em regra, as famílias também não dispõem de recursos financeiros, tendo sido essa, muitas vezes, a causa que levou ao trabalho infantil.

As crianças e os adolescentes inseridos precocemente no mercado de trabalho sofrem também outras consequências, como a adultização, decorrente da sobrecarga de responsabilidades que lhe são impostas no exercício das suas atividades laborais:

Obrigado a atender às exigências do trabalho, exposto precocemente a um ambiente extremamente castrador, o indivíduo em desenvolvimento pode construir uma autoimagem onde predomina seu desvalor. Passa a se ver como errado, incapaz ou indigno. E suas vivências na família, escola e outras esferas podem confirmar essa imagem negativa (LIMA, 2002, p. 08).

Outra consequência decorrente do trabalho infantil diz respeito à remuneração: em torno de 61% dos trabalhadores infantis não recebem remuneração fixa e entre os que recebem remuneração 40,8% ganham até ½ salário mínimo e apenas 15% ganham até 1 salário mínimo. Em regra, a incidência de trabalho infantil resulta em uma renda menor na idade adulta. Essa renda é tanto menor quanto mais precoce é a inserção no mercado de trabalho: aqueles que iniciam a vida laboral antes dos quatorze anos de idade tem menor probabilidade de ter uma renda futura superior a R\$ 1.000,00 quando adultos. Já para aqueles que começaram a trabalhar antes dos nove anos de idade a probabilidade é de que a renda mensal não ultrapasse aos R\$ 500,00.

Os prejuízos educacionais também são percebidos, como a evasão escolar, a defasagem e as dificuldades de aprendizagem. Futuramente, esses prejuízos irão se refletir na vida laboral: entre as mulheres com apenas o ensino médio completo, aquelas que começaram a trabalhar antes dos 16 anos têm salários, em média, 12,1% mais baixos do que as que iniciaram após essa idade; entre os homens na mesma situação a perda salarial daqueles que começaram antes dos 16 anos é de 7,5%. Em relação aos que concluíram o ensino superior, os prejuízos do trabalho precoce são maiores: as mulheres que iniciaram antes dos 16 anos apresentam renda 19,3% mais baixa, e os homens, 20,9%. Além disso, dentre os trabalhadores adultos resgatados do trabalho forçado, cerca de 92% foram vítimas do trabalho infantil.

Esses indicadores desconstroem o mito de que começar a trabalhar cedo prepara para vida laboral futura. Ao contrário, os prejuízos entre aqueles que começaram a trabalhar antes da idade mínima são facilmente identificáveis, como a reprodução do ciclo intergeracional de pobreza e a continuidade da exploração do trabalho infantil.

100

## 5 CONCLUSÃO

A dignidade humana ocupa posição central no ordenamento jurídico brasileiro e serve de orientação dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais. Ao mesmo tempo, configura-se no referencial para aplicação e interpretação das normas jurídicas. A dignidade humana, portanto, é entendida como um padrão mínimo na esfera dos direitos, que garante o exercício deles e assegura a condição e existência humanas.

A exposição precoce ao trabalho viola os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Nesse sentido, a observância do princípio da dignidade humana representa uma forma de proteção do trabalhador contra a adoção e a prática de atos que afrontem a sua integridade e a sua dignidade. Da mesma forma, implica a garantia de condições de trabalho saudáveis e dignas.

A proteção aos trabalhadores com idade inferior aos dezoito anos está amparada em fundamentos de ordem social, evitando o afastamento

e o convívio familiar e social; de ordem fisiológica, em razão da formação ainda incompleta e dos riscos ao desenvolvimento normal e saudável; e de segurança, em razão da exposição aos riscos do acidente de trabalho.

Os prejuízos decorrentes do trabalho infantil são inúmeros. No âmbito da saúde, quase sempre as sequelas são irreversíveis e causam danos à formação integral da criança e do adolescente, em verdadeira afronta aos dispositivos constitucionais e normativas internacionais de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Em termos físicos, o trabalho infantil traz sequelas gravíssimas. De modo geral, as condições de trabalho são determinantes para as sequelas, como o retardo no desenvolvimento físico e mental, a desnutrição proteico-calórica, a fadiga precoce, maior incidência de doenças infecciosas e parasitárias.

As crianças e os adolescentes que trabalham estão, ainda, sujeitos aos acidentes de trabalho. Em razão da imaturidade física e mental, crianças e adolescentes são mais suscetíveis aos acidentes do que os adultos, sendo que muitos deles são fatais ou deixam sequelas permanentes, como a incapacidade laboral.

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a legislação trabalhista, contém dispositivos que asseguram os direitos sociais dos trabalhadores adultos, que vão desde a remuneração até as condições dignas de trabalho. As crianças e os adolescentes, em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento e da proteção integral consagrada pela Constituição Federal, são sujeitos de direito e possuem as mesmas garantias constitucionais.

O trabalho infantil viola esses direitos e garantias e impõe uma vida indigna, o que implica o comprometimento da vida futura. A dignidade humana, como balizador do ordenamento jurídico, é violada sempre que uma criança ou um adolescente com idade inferior à idade mínima para admissão ao emprego ou trabalho é colocada(o) nessa situação. Portanto, é dever de todos prevenir e combater todas as formas de trabalho infantil.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. **A eliminação do trabalho infantil e a efetivação do direito à infância.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/5702e2c4-d94a-473f-a5a6-cda15b99e8fd>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 10.ed. atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil doméstico no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2014.

GUIMARÃES, José Ribeiro Soares. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as Unidades da Federação durante a segunda metade da década de 2000.** Organização Internacional do Trabalho: Escritório da OIT no Brasil, Brasília: OIT, 2012. Disponível em: <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/indicadorestdnovo\\_880.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/indicadorestdnovo_880.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

102

LIMA, Consuelo Generoso Coelho de. **Trabalho precoce, saúde e desenvolvimento mental.** Publicado em 5-9-2002. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B35FA90012B3FA97F055E0E/52FB2749d01.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2014.

NOTA TÉCNICA À PORTARIA MTE/SIT/DSST Nº 6 DE 18/2/2000. Alterada pela Portaria nº. nº 20, de 13 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B35FA90012B3FA97F055E0E/52FB2749d01.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **Consolidação das Leis do Trabalho:** comentada. 49. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO: MEDIDAS DE GARANTIA À LIBERDADE DO EMPREGADO



*Anna Letícia Piccoli<sup>1</sup>*

*Regis Trindade de Mello<sup>2</sup>*

**Resumo:** Este artigo busca fazer um estudo sobre um dos mais nobres direitos: a liberdade. Para tanto, fez-se uma busca nos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, sua conceituação, evolução e as gerações pelas quais passaram, a fim de entender o escopo da sua inclusão no rol de direitos fundamentais e p $\acute$ treos. Destacou-se a liberdade de express $\tilde{a}$ o como manifesta $\tilde{c}$ o de pensamento e as possibilidades de limita $\tilde{c}$ o desse direito. Pesquisou-se o ambiente de trabalho, a rela $\tilde{c}$ o empregat $\acute$ ria, os poderes do empregador e os direitos do empregado. Por fim, realizou-se pesquisa jurisprudencial para entender como os magistrados solucionam casos em que o direito fundamental da liberdade do empregado encontra limites devido aos poderes de dire $\tilde{c}$ o do empregador.

**Palavras-chave:** Conflito de direitos. Liberdade. Liberdade de express $\tilde{a}$ o e pensamento. Poder. Limites.

## 1 INTRODU $\tilde{C}$ AO

Este artigo trata da limita $\tilde{c}$ o da liberdade de express $\tilde{a}$ o, em especial no ambiente de trabalho. A relev $\tilde{a}$ ncia que possui para o mundo jur $\acute$ dico  $\acute$ e que, no cotidiano do n $\acute$ cleo empresarial, tanto os empregados quanto o empregador veem-se obrigados a renunciar alguns de seus direitos em detrimento do bom andamento dos trabalhos em grupo. A quest $\tilde{a}$ o jur $\acute$ dica que surge a partir dessa premissa  $\acute$ e: at $\acute$ e onde pode o

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Xanxer $\hat{e}$ /SC.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Est $\acute$ acio de S $\acute$ /RJ, Juiz Titular da Vara do Trabalho de Xanxer $\hat{e}$ /SC, Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina e integrante do Grupo de Estudos Cr $\acute$ ticos sobre Direito e Trabalho na Hist $\acute$ ria Social da Am $\acute$ rica Latina (GECAL).

empregador limitar a liberdade de expressão?

O motivo da pesquisa foi a maneira como os magistrados decidem sobre questões corriqueiras envolvendo um “choque” de princípios e interesses fundamentais como os poderes do empregador e o direito à liberdade do empregado. Busca-se, portanto, vislumbrar as possibilidades de limitação da liberdade de pensamento e de expressão do trabalhador, bem como os parâmetros usados quando do surgimento de demandas referentes a essas questões.

Fundamenta-se, primeiro, em matéria constitucional, buscando as origens dos direitos fundamentais e o motivo pelo qual são tratados com tamanha relevância. Realiza-se uma conceituação e estuda-se a evolução dos direitos fundamentais. Para melhor entendimento acerca do assunto, há uma divisão em dimensões, primando pelo fato de que tais direitos não surgiram de forma simultânea, mas de acordo com a demanda de cada época.

Com tal análise, torna-se indubitável a importância da liberdade nos direitos fundamentais, uma vez que é a pioneira dessas garantias. Devido à tamanha importância, a liberdade é estudada de forma aprofundada, buscando a conceituação e o ingresso desse direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o escopo de afunilar o estudo, dá-se um enfoque à liberdade de expressão como manifestação do pensamento, entendendo-se como um direito protagonista das garantias constitucionais, entretanto, não absoluto. Nesse norte, a limitação da liberdade dos cidadãos é alvo de expressivas discussões nos Tribunais Superiores.

Como preâmbulo da inserção do direito à liberdade no ambiente de trabalho, é de suma importância compreender a diferença entre relação de emprego e de trabalho, explanando as características específicas de cada uma. Ademais, apresenta-se a subordinação como principal elemento da relação empregatícia e deve ser explanada em suas diversas formas: técnica, econômica, ou jurídica – representada de forma clássica, objetiva e estrutural.

Os poderes do empregador são de grande importância para identificar a subordinação, isso porque ela se refere à submissão do

empregado às ordens do empregador, inerentes ao serviço prestado. A essência do poder pode ser encontrada facilmente em eventos históricos e nos pensamentos filosóficos e é fundamental na relação entre empregador e empregado.

Por fim, é possível fazer a conexão dos direitos fundamentais do empregado e do empregador, uma vez que a liberdade do empregado no ambiente de trabalho pode ser limitada em detrimento do poder de direção que o empregador possui. Evidente que é preciso ponderar, como bem descreve o Ministro Alexandre Belmonte, sobre a forma como está sendo usufruída a liberdade e sua limitação é possível única e exclusivamente em casos que acarrete prejuízo no serviço prestado.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em um Estado Democrático de direito em que o contexto jurídico nacional tornou vitais os direitos fundamentais, faz-se necessário buscar o entendimento dessas garantias, bem como seu conceito e dimensões a fim de afunilar os estudos ao direito à liberdade. O que se pode inferir da Carta Magna em vigor é um valor supremo dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, fazendo com que os direitos fundamentais tenham papel substancial, sendo considerados alicerces na orientação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ao iniciar os estudos sobre os direitos fundamentais, é preciso salientar que tais direitos não estão dispostos apenas no artigo quinto da Constituição Federal, podendo ser encontrados por todo corpo constitucional, bem como tratados e convenções que o Brasil faça parte. A Unesco conceitua de forma genérica os direitos fundamentais, considera-os uma proteção não constitucional dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder estatal, além de regras que estabelecem condições humanas de vida e desenvolvimento de personalidade (1978, p. 11).

Moraes (2002, p. 39) entende de forma semelhante, explicando que os direitos fundamentais têm por finalidade básica o estabelecimento de condições mínimas de dignidade por meio da proteção contra o arbítrio do Estado. É possível perceber que os constitucionalistas não entram em

um acordo quando se trata da semelhança ou distinção das expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. Essa não é uma interpretação que se possa fazer de forma restritiva, sendo que o que realmente torna o direito do homem em direito humano é um conjunto de valores éticos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Alexy (2007, p. 12) explica que determinados direitos fundamentais têm validade positivada. Nesse sentido, ele salienta que os direitos fundamentais de um Estado não terão a mesma interpretação em outro, tendo em vista que a realidade histórico-social difere. Podem ser tratados como providos em dois sentidos: formal e material. O primeiro sentido configura o complexo de regras jurídicas inserido na Constituição, que pode ou não regular a estrutura fundamental do Estado. O sentido material trata-se do conjunto de normas que obrigatoriamente regulam essa estrutura fundamental estatal, independentemente de sua veiculação pela Carta Magna.

Muito embora a conceituação dos direitos fundamentais seja feita por vários autores consagrados e cada qual com seu estudo encontre uma forma diversa de delimitar o que são os direitos fundamentais, da mesma forma suas características não poderiam ser petrificadas, considerando que a eficácia dessas garantias dependem do seu conteúdo concreto e do número de fatores extrajurídicos do Estado, entendidos pela cultura e história do seu povo.

Dada a conceituação sobre os direitos fundamentais, faz-se necessário entender sua evolução histórica sendo os direitos fundamentais conquistas dos antepassados para tornar superados os tempos de tortura e submissão.

### **Evolução histórica e as cinco dimensões dos direitos fundamentais**

A origem dos direitos individuais para proteção em relação ao Estado pode ser vislumbrada nas eras mais remotas, no antigo Egito e na Mesopotâmia. Apontam os estudos de Moraes (2002, p. 24) que o Código de Hamurabi possa ser o pioneiro das codificações que consagrou um rol de direitos comum aos homens.

Ainda na época da Grécia clássica, poetas e filósofos colaboraram para os estudos dos direitos naturais, dentre os quais Gonçalves (2007,

p. 15) destaca Homero e Hesíodo. Para aquele, o direito não tinha como fulcro o valor da vida humana, mas no mundo de Hesíodo a centralidade do trabalho na vida humana e a existência por uma vida justa era a ordem que prevalecia, sendo regidas pelo direito.

Gilmar Mendes (2011, p. 297) diz que a honra e a dignidade estavam protegidas desde os anos 1690 a.C. e a liberdade restou postulada apenas a partir das Leis das doze tábuas, sendo o Direito romano o responsável por dar início às tutelas individuais em relação aos arbítrios do Estado.

De acordo com Alexandre de Moraes (2002, p. 24), a Inglaterra foi a precursora no que diz respeito às declarações de direitos fundamentais, com especial atenção à “Magna Charta Libertatum”, outorgada pelo Rei João Sem-Terra.

Com o mesmo intuito, os Estados Unidos buscaram, em sua revolução, postular os direitos consagrados como fundamentais, buscando apadrinhar as garantias de propriedade e liberdade. Dentre todas as diretrizes já tomadas, ficou sob responsabilidade da França a consagração normativa dos direitos fundamentais, que, no ano de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional.

Em meio a tantos avanços nos direitos e preocupações sociais, em 1927 surgiu a Carta do Trabalho que ficou incumbida do grande avanço nos direitos sociais dos trabalhadores, destacando-se a liberdade sindical, previsão de férias e repouso semanal remunerado e proporcionalidade de remuneração do trabalho. É possível verificar que, para Mendes (2011, p. 154), os direitos do homem ganham espaço quando muda a relação Estado/indivíduo, dando ênfase no cidadão.

Bobbio (1992, p. 4) retrata a realidade no Brasil, que ainda na Constituição Imperial se encontra um capítulo inteiramente dedicado aos direitos e às garantias fundamentais. Tal ideologia perdurou na primeira Constituição republicana de 1891, aumentando ainda mais o rol de direitos e garantias individuais para os brasileiros. Dedicar um capítulo da Constituição para os direitos e garantias fundamentais tornou-se uma tradição no Brasil.

Didaticamente os direitos fundamentais podem ser divididos em cinco dimensões, sendo as três pioneiras fruto da Revolução Francesa e, após superadas, evoluíram para a quarta e quinta dimensões. O pilar que fundamenta tal divisão é a ordem cronológica em que os direitos fundamentais passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, de acordo com Moraes (2002, p. 44).

Com o único intuito de situar os diversos momentos que os direitos fundamentais se situavam na sociedade é feita uma divisão: as chamadas gerações dos direitos fundamentais. Embora cada geração tenha suas peculiaridades, os direitos não deixam de existir quando se dá o surgimento de uma nova geração, mas os vão sendo incorporados, por vezes, são os mesmos da geração passada, adaptados a uma nova realidade.

Os direitos de primeira geração têm como pilar o direito à liberdade, produto do pensamento liberal-burguês. Sarlet (2010, p. 46) traz em seu estudo que se pretendia fixar uma esfera da autonomia pessoal sobre o poder estatal, classificando os direitos dessa geração como cunho individualista, traduzindo-se como faculdades da pessoa e confrontando o indivíduo e o Estado.

A característica principal dessa geração pode ser traduzida na abstenção do Estado, gerando a liberdade individual e as responsabilidades negativas do Estado – não fazer, não intervir. A preocupação era de manter a propriedade privada e tal ideia era usada como parâmetro e limite na identificação dos direitos fundamentais (MENDES, 2008, p. 233).

Os direitos fundamentais da segunda geração apresentam-se em um período da revolução industrial, em que as condições de trabalho eram desumanas. A partir dessa realidade, busca-se atribuir ao Estado um comportamento mais ativo na realização da justiça social, em que os Poderes Públicos foram investidos de obrigações positivas. A intervenção estatal passou a ser notória, e o Estado passa a garantir os direitos de seus cidadãos.

A liberdade deixa de ser um sinônimo à oposição ao Estado e passa a ser por intermédio desse, com prestações sociais que podem ser vislumbradas até os dias de hoje. Sarlet traz como liberdades sociais:

[...] do que se dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal apelas para citar alguns dos mais representativos (SARLET, 2010, p. 48).

Na terceira geração os direitos passam a ser coletivos e difusos e tem uma repercussão maior no âmbito do direito internacional. São de cunho transindividual e relacionados à proteção do gênero humano. Os “novos direitos” podem ser basicamente reduzidos a dois: a dignidade da pessoa humana e a liberdade em todas as suas proporções (BULOS, 2009, p. 406).

Acentua-se que o mais importante dos direitos dessa geração são característicos daqueles reivindicados nos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente sem poluição, ao desenvolvimento sustentável e à conservação do patrimônio histórico e cultural (BOBBIO, 1992, p. 3).

No que concerne à quarta geração, é visível a preocupação devido à busca por novos horizontes nas pesquisas biológicas e as manipulações que podem ser feitas a partir dela, o que apode acarretar no perigo à própria vida e à existência humana (BONAVIDES, 1997, p. 156). As exigências de outros direitos decorrentes da globalização dos direitos fundamentais são exemplos do caráter político de institucionalização do Estado social que essa dimensão tomou:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade (SARLET, 2010, p. 51).

Por mais que exista uma divergência sobre o direito da paz pertencer à terceira ou à quinta dimensão, por ser autônomo e supremo direito da humanidade, Bonavides (1997, p. 193) entende que essa pertence à última geração. Inobstante as cinco dimensões dos direitos fundamentais sejam altamente explicativas e ajudem a entender os propósitos desse tema, e o rol de direitos fundamentais ser extenso e de

certa forma complexo, o presente estudo preocupar-se-á em ater-se em apenas um deles: o direito à liberdade.

### 3 DIREITO À LIBERDADE

Desde o tempo de Thomas Hobbes, a liberdade é um direito natural dos seres humanos, partindo da premissa que cada homem pode fazer o que for preciso para proteger sua própria vida. Foi a partir da liberdade que os súditos renunciaram seus direitos no pacto de submissão, criando um Estado absoluto e centralizado que tem como pilar garantir a segurança e a vida.

[...] o homem deve concordar com renúncia a seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que se considerar tal decisão necessária a manutenção da paz e de sua própria defesa (HOBBS, 2009, p. 98).

Se outrora, ainda sem a existência de um Estado, a liberdade era direito, hodiernamente se dá ainda mais ênfase, tornando esse tributo como fundamental. Rousseau (1989) concorda com a tese de Hobbes, dizendo: “E os próprios sábios viram que era preciso se resolverem a sacrificar uma parte de sua liberdade para a conservação da outra, como um ferido deixa que lhe cortem um braço para salvar o resto do corpo”.

A liberdade é reconhecida como direito desde antes de surgir a sociedade. O homem busca nela um estado de euforia e bem-estar. Tamanha sua importância e simplicidade que não seria necessária sua postulação. John Stuart Mill (1806, p. 17) vislumbra a luta entre a liberdade e a autoridade como característica predominante das épocas da história, sendo entendida como limitação dos poderes dos governantes absolutistas.

O poder, nas épocas mais remotas, era único e conquistado por meios que não fossem a vontade do povo (herança ou conquista) e tinham uma supremacia que o povo não ousava contestar. Por isso, o objetivo dos patriotas consistia em limitar os poderes sobre os quais os governantes exerciam sobre a sociedade, tentados de duas formas: pelo reconhecimento de certas imunidades (liberdades e direitos políticos) e o controle constitucional.

A liberdade tem um cunho histórico, amplia-se em uma grandeza diretamente proporcional à evolução da humanidade. Contudo, para o Estado poder tornar esse anseio em efetivo direito no cidadão, foi estudado pelos doutrinadores, sendo a liberdade da natureza humana em que “o Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem” (RUIZ, 2006, p. 143).

O direito de liberdade está disposto na Constituição Federal como elemento da dignidade da pessoa humana, considerada a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, e, por estar escrito no *caput* do artigo quinto da constituição, é considerado como direito básico fundamental.

As leis naturais obrigam o homem de maneira absoluta, pois independem de qualquer tratado, serão sempre válidas entre os homens (LOCK, 1806, p. 89). Assim, a liberdade do homem não pode depender da vontade legislativa ou de qualquer um dos poderes, mas existe no ímpeto de cada ser humano, sendo tão necessária quando se convive com o poder absoluto, devendo ser usada muitas vezes apenas com o propósito de preservar sua própria vida.

Hobbes (2009, p. 97) apresenta a liberdade como a ausência de obstáculos que servem para abster os seres humanos de fazer o que bem quiserem, mas não impede de usar o restante do poder de acordo com sua razão e julgamento. Mill (1806, p. 26) acredita que, quando o povo sentir o poder do governo como o seu poder e as opiniões do governo como suas opiniões, “a liberdade individual provavelmente estará tão exposta à invasão do governo, quanto já está da opinião pública”.

De outro norte, Montesquieu (1998, p. 139) acredita que liberdade é fazer aquilo que a Lei autoriza, em suas palavras: “A liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.”

As liberdades jurídicas são descritas de várias formas, sendo corriqueira a máxima: os atos que o Estado não proíbe, tem-se a liberdade de praticar. Portanto, enquanto o Estado não prescrever que a regra é abster-se, o cidadão possui liberdade de fazer consoante sua razão e discernimento. Para Kant (op. Cit. PILON, 2002, p. 58), consiste

em fazer qualquer ação que quiser, desde que não se cometa injustiça, respeitando as “determinações externas”.

A liberdade jurídica é analisada por Alexy (2011, p. 219) como uma qualidade. Parte-se do pressuposto que, se uma pessoa é livre, não existem restrições às suas ações. A liberdade pode ser atribuída de duas maneiras: à soma de todas as liberdades específicas ou à liberdade de uma sociedade – representada pela soma das liberdades de todos os seus integrantes. O autor disserta, inclusive, sobre o ponto de vista da Constituição Alemã, que traduz essa “regalia” como autonomia geral de ação em um sentido amplo, por um direito geral de liberdade. A liberdade como direito autônomo pressupõe que o cidadão pode fazer ou deixar de fazer algo conforme seu arbítrio.

Kant (1980, p. 232) valora a liberdade como espontaneidade: “[...] a faculdade de iniciar espontaneamente um estado, cuja causalidade não esteja, por sua vez, subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo”. Ainda, entende a liberdade como ponto de vista prático no momento em que se é capaz de agir sem ser instigado por uma emoção.

Ela pode ser vista, também, como positiva ou negativa. A primeira consiste em uma única ação, enquanto a segunda é uma alternativa de ação, sendo em sentido mais amplo. Para garantir tão nobre direito não se faz necessário um direito de prestação, mas um direito de defesa do Estado. Alexy (2011, p. 351) trata acerca das liberdades negativas, entendendo que, nesses casos, as alternativas de ação do homem não têm objeções dadas pelo Estado. O melhor exemplo para tal tipo de liberdade é a liberdade jurídica, em que o cidadão pode fazer algo quando não for proibido, nem permitido.

De outro norte, Kant (1980, p. 146) entende a liberdade negativa da mesma forma que a liberdade prática: desvinculada de causas estranhas e das necessidades naturais, partindo, apenas, da anuência de sua própria moral. A liberdade positiva, por sua vez, é entendida pelo estudioso como uma vontade que o homem tem e é lei para si mesmo, traduz-se no princípio da moralidade.

A liberdade pode ser vista, também, como a busca pela autorrealização do homem, fazendo com que ele mesmo seja responsável

pelas suas escolhas. Devido aos possíveis conflitos resultantes das pretensões que colidem devido a essas liberdades, o Estado se justifica, incumbido de garantir a paz.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmou no seu artigo primeiro que todos os indivíduos nascem em pleno gozo de sua liberdade e igualdade, em direitos e dignidade. No artigo terceiro, reitera que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança. No Brasil, a gênese da liberdade está no ano de 1789, a partir da Inconfidência Mineira. Posterior à Independência, a primeira Carta Constitucional abarcou os direitos fundamentais em um título exclusivo, tendo por base o direito à liberdade. As Constituições seguintes seguiram o mesmo critério.

Hodiernamente o direito à Liberdade encontra-se no quinto artigo da Carta Magna: “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 [...]” (BRASIL, 1988, p. 8).

Considera-se que há, pelo menos, cinco tipos de liberdade: a liberdade psicológica, a de religião, a de segurança, a de expressão e a política (GUIMARÃES, 1989, p. 19). Todo ser humano possui um objetivo e, para alcançá-lo, tem a liberdade de usar qualquer um dos meios não proibidos em lei. A suprema liberdade só é alcançada com a evolução espiritual e moral do homem, que aceita para si as leis naturais, entretanto não deve ser visto como uma total anarquia, em que o indivíduo pode fazer o que quiser a qualquer tempo:

A noção de liberdade deve ser associado à arbitrariedade, mas sim à ideia de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício. [...] A concepção formal considera a liberdade como um valor em si, caracterizada como um direito a que o Estado não impeça ação e omissões [...] e uma permissão para fazer ou não fazer o que quiser... (NOVELINO, 2008, p. 296).

As liberdades asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, dispostas nos múltiplos incisos do artigo quinto da Constituição Federal, podem ser discriminadas em várias espécies, cada qual com suas características e objetivos próprios. O direito de informação restringe-se à ação de repassar de forma clara e precisa os dados já ocorridos

ou consagrados. Enquanto o direito de divulgar o pensamento pode ser entendido de forma ampla, no sentido de exteriorizar as opiniões individuais.

Pela laicidade do Estado brasileiro, é garantida ao cidadão, também, a liberdade de crença, acautelando que ninguém sofrerá qualquer tipo de coação em relação aos seus conceitos, seja de cunho político, filosófico ou religioso. A liberdade de locomoção e de circulação é o direito de ir e vir, ficar, permanecer, sendo desnecessária a autorização, podendo locomover-se livremente, deslocando-se de um ponto ao outro (SILVA, 2002, p. 238-239).

A doutrina entende que existe a liberdade de reunião quando duas ou mais pessoas, por vontade e consciência própria, unem-se por tempo determinado para debater assunto específico. Assim, a principal diferença em relação à associação é a temporalidade, uma vez que essa tem caráter permanente (ARAÚJO, 2010, p. 188).

Dentre os artigos sobre o direito fundamental à liberdade, Ruiz (2006, p. 146) destaca o remédio constitucional para combater qualquer coação infundada sobre a liberdade do indivíduo: o *habeas corpus*. Esse remédio constitucional surgiu na Inglaterra, em meados de 1679, e vem sendo utilizado até os dias atuais com o intuito de garantir o direito à liberdade.

Como já relatado, a liberdade pode ser entendida de várias formas, entretanto, é a liberdade de expressão e de pensamento que irão desencadear o estudo sobre o conflito de liberdades entre o trabalhador e o empregador, escopo dessa pesquisa.

### **3.1 Liberdade de pensamento e expressão**

Já se comprovou que o ser humano não consegue viver sozinho e, por isso, é preciso haver comunicação. A liberdade de expressão a torna acessível e permite que descubram seus objetivos comuns, em prol da harmonia. Tal liberdade enquadra-se em uma conduta do indivíduo que interessa às outras pessoas, mas que, por ser tão importante quanto a liberdade de pensamento, é inseparável dele, conectando-se com a característica da sociabilidade, essencial do ser humano (MENDES, 2011, p. 296).

A Constituição Federal garante a liberdade de pensamento e de expressão, vedado o anonimato. Na hipótese da manifestação do pensamento causar dano à moral ou à imagem de outrem, deverá ser ressarcido em indenização, além do direito de resposta, de mesmo patamar.

O inciso IV do quinto artigo da Constituição Federal não acautela sobre o direito de pensamento, e sim da sua manifestação. Guimarães (1989, p. 25) elabora a tese de que o pensamento só pode ser combatido com o pensamento, sendo incoercível sem sua exteriorização. Neste contexto, Kant:

Há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode-nos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção pensaríamos nós se não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos os nossos pensamentos, e eles nos comunicam os seus? por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, ele rouba também a liberdade de pensar (MIRANDA, 1990, p. 399).

Kelsen, no seu sistema de normas hierárquicas, acreditava que a norma hipotética fundamental, como topo da pirâmide, era o limite do pensamento. Entretanto, Guerra Filho (1994, p. 23-29) expõe que essa norma não resulta em ato de vontade que possa ser positivado, portanto não é uma norma propriamente dita. A liberdade de pensamento é de foro íntimo e, enquanto não manifestada, é livre sempre, sendo que é impossível constranger alguém apesar dessa ou daquela forma (FERREIRA FILHO 2012, p. 264).

O doutrinador Bastos (1998, p. 187) trata sobre o instinto humano de persuasão. É da natureza do ser humano buscar convencer todos ao seu redor de que sua ideia é a mais correta e que a informação deve ser vista dessa forma por todos. O direito de expressão é garantido no Texto Constitucional de mesmo modo, tornando legal não apenas a manifestação de simples informação, mas que a opinião sobre ela seja favorável ou contra e de qualquer forma – escrita ou oral. Tal direito encontra-se ligado umbilicalmente com o direito à informação, colidindo com a honra, a imagem e a privacidade por várias vezes (PUCCIONELLI JUNIOR, 2009, p. 237).

A liberdade de expressão surge com o intuito de evitar que o Estado passe a exercer a censura, que constitui uma “ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem”. Portanto, proibir a censura significa dizer que as ideias, antes de serem divulgadas, não precisam passar por qualquer agente estatal.

A liberdade de pensar é, portanto, impossível de ser restrita, cabendo à pessoa controlar aquilo que quer compartilhar com a sociedade. O destaque que se dá a esse direito é relativo à importância que ele tem na construção da personalidade dos indivíduos, além da eterna busca pela verdade real, e da indispensabilidade do que concerne à manutenção da democracia: a crítica aos governantes é essencial quando se trata do controle da atividade política (MENDES, 2011, p. 297).

Ainda, o inciso IV do art. 5º da Constituição encontra reforço no art. 220, acolhendo a interlocução entre pessoas presentes, por meio de diálogos e discussões, quando desfrutado o direito à associação (BULOS, 2009, p. 429). Ademais, tendo em vista que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo e que ninguém pode ser coagido a expressar seus posicionamentos, o direito de permanecer calado faz parte da liberdade de pensamento.

Dessarte, a liberdade pode ser vislumbrada sob dois aspectos: a neutralidade estatal em relação à opinião dos indivíduos (com impossibilidade de punição pelo exercício do direito de expressar-se) e o respeito a teorias diferentes (PUCCIONELLI JUNIOR, 2009, p. 237).

### **3.2 Limites à liberdade de pensamento e expressão**

Em apertada síntese, a liberdade de pensamento e de expressão, diz respeito à liberdade de manifestação de pensamento. O ser humano, em seu ímpeto, pode ter preconceitos e opiniões sobre as diversas situações que vivencia, mas a sua explanação não pode ser ofensiva a outro cidadão.

O direito de expressão, no entanto, não é absoluto. Discorre Stuart Mill (1806, p. 80) da forma utópica, que ainda era na época, que a expressão livre de todas as opiniões deve ser permitida sob a condição de que não passe dos limites de uma discussão honesta. Dessa forma, a liberdade do indivíduo deve ser limitada a fim de que não se torne um

incômodo para outra parte.

A proibição ao anonimato é bastante ampla. Com o intuito de evitar manifestações que tenham como alvo apenas o desrespeito a outros direitos fundamentais dos indivíduos, o poder constituinte optou por vedar as manifestações anônimas de todas as formas. Pela possibilidade da manifestação de pensamento ferir direitos fundamentais dos cidadãos deve sempre ser feita por autor identificado, para que possível transgressão às garantias alheias possa ser devidamente punida (NOVELINO, 2000, p. 297).

Embora defesos pela Constituição, o anonimato e o uso da liberdade como forma de desrespeitar direitos de outrem, não há como impedir que ofensas sejam feitas. Isso posto, o que está ao alcance dos Poderes Públicos é a imposição de advertências a quem os comete. O direito de resposta é a defesa de quem se sentiu prejudicado com a expressão do pensamento de outrem, configurando um meio de satisfação que é devido àquele que sofreu violação ao seu direito à imagem e à honra, que deve ser somado à pecúnia de danos morais que lhe é devido (GUIMARÃES, 1989, p. 25).

Outra forma de limitar a liberdade de expressão, usada com frequência, é a edição de leis para preservar os valores da juventude. Qualquer valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com a liberdade, e a única forma de encontrar qual se sobreporá é o uso do princípio da proporcionalidade que deve ser usado com cautela pelos magistrados. Entretanto, inobstante o jovem ter um direito não fundamental atingido, o art. 227 da Constituição Federal prioriza seus interesses, apontando os meios pelos quais as crianças e os adolescentes serão ilesos “de toda forma de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão”, sendo dever da família, sociedade e do Estado assegurar tal privilégio.

Dessa forma, a liberdade de expressão poderá ser reprimida no momento em que coloca em risco uma educação democrática, afastada de qualquer ira de preconceito e fundada nos princípios do ser humano (MENDES, 2011, p. 305). Por fim, deve-se destacar que a liberdade de pensamento e de expressão é um direito de primeira geração, característico dos regimes estatais democráticos e que está intimamente

ligado ao direito à honra, à imagem, à informação, podendo ser restrito nas condições que fere a moral e os bons costumes, além dos demais direitos fundamentais sobre outro sujeito.

A dificuldade na limitação da liberdade de expressão advém de sua apresentação tanto em dimensão positiva (por ser um elemento de manutenção do regime democrático) quanto na esfera negativa (o resguardo à autonomia individual) e, por isso, é aclamada como um dos direitos mais relevantes da modernidade (SCHREIBER, 2007, p. 218).

Assim, quando aparece qualquer conflito que confronte a liberdade de pensamento e expressão, é preciso usufruir dos conhecimentos de Robert Alexy (2011, p. 128), que categorizava os direitos fundamentais naqueles sem reserva, com reserva simples e de reserva qualificada, afirmando que “quando surgem dúvidas, um sopesamento é inafastável”.

Portanto, mesmo que, por vezes, alguns direitos fundamentais sejam superiores a outros em um primeiro momento, é imprescindível fazer a análise caso a caso, uma vez que o peso em abstrato nem sempre pode ser o mesmo que o peso concreto dos direitos fundamentais em questão.

O Ministro Celso de Mello, no seu voto na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 187, mensura a relevância que possuem as liberdades de pensamento e expressão quando afirma se tratar de um tema de magnitude inquestionável, uma vez que traz a lume duas das mais importantes liberdades públicas: a de pensamento e a de expressão.

Ainda, buscando decisões que tratam sobre o limite da liberdade de expressão, o Relator Ministro Gilmar Mendes participou do julgamento da ADI 5136, que declarou que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, e, no caso em tela, julgou a demanda improcedente fundamentando sua decisão na ponderação que o legislador deve ter para limitar manifestações que gerariam maiores conflitos. Afirmou, ainda, que as liberdades não possuem caráter absoluto, mas que, uma vez tomado o caso concreto, remete-se ao magistrado fazer a ponderação entre a liberdade e demais valores que estejam sofrendo repressão, podendo, assim, restringir aquela.

*In fine*, conclui-se que, por mais que a liberdade de pensamento e de expressão ocupem espaço significativo no ordenamento jurídico brasileiro, é impossível afirmar que seja absoluta, uma vez que há dar a devida importância aos demais direitos e garantias fundamentais que podem ser violados em detrimento daquela.

#### **4 SOBRE O AMBIENTE DE TRABALHO E CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO**

A relação jurídica pressupõe a existência de duas pessoas e um vínculo jurídico entre elas. Em especial no caso do Direito de Trabalho, o objetivo da elaboração de um contrato é diminuir a distância entre os direitos elencados na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e àqueles efetivamente exercidos aos trabalhadores.

Entretanto, nem todos os contratos de trabalho são protegidos pela CLT, o que faz com que a Ciência do Direito esclareça a diferença entre a relação de trabalho e o de emprego (DELGADO, 2014, p. 287). Tanto a relação de trabalho quanto a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, pressupondo a existência de, ao menos, duas pessoas e uma norma jurídica que qualifique tal relação (BARROS, 2010, p. 220).

A relação de trabalho tem “caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano” (DELGADO, 2014, p. 287). No entanto, o direito do trabalho está em constante busca para abarcar todas as formas de exploração de capital a partir do trabalho e, para tanto, o primeiro passo a ser dado é a caracterização da relação de emprego.

Nesse sentido, Souto Maior (2007, p. 58) afirma que a relação de emprego é identificada sempre que “uma pessoa venda a sua força de trabalho para a satisfação de um interesse pessoal (que pode se reduzir a mera comodidade) ou econômico de outrem (...)”. Especifica-se como uma das modalidades de trabalho, com características que não se possam confundir com os demais modos de prestação de trabalho e se destaca do ponto de vista econômico social, por ter sido o berço da construção de princípios e fundamentos jurídicos próprios (DELGADO, 2014, p.

287).

A discrepância entre tais relações também está presente nas legislações usadas em casos de conflito: tratando-se de relações de emprego, as normas aplicáveis são a CLT e a legislação complementar, enquanto a relação de trabalho é regida pelas leis especiais e pelo Código Civil, de acordo o art. 593 (BRASIL, 2002): “A prestação de serviços que não estiver sujeita a leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo”.

Doutrina-se que a relação de emprego é capaz de constituir ato jurídico suficiente para provocar medidas tutelares dos direitos elencados como “do trabalho”. Este gênero é, conseqüentemente, um vínculo obrigacional que subordina o empregado às ordens legítimas do empregador por um contrato individual de trabalho (MARTINEZ, 2012, p. 168).

Dessa forma, a caracterização da relação de emprego é essencial, que, com suas características próprias, não se enquadra em nenhum modelo de contrato existente em outras áreas, mas possui um contrato próprio, autônomo e com características particulares.

Alice M. de Barros (2007, p. 230) conceitua o contrato de trabalho, auferindo-lhe suas características mais marcantes: “(...) trata-se de um contrato de direito privado, sinalagmático, de execução continuada, consensual, *intuitu personae* em relação ao empregado, oneroso e do tipo subordinativo”. Há autores que consideram que a alteridade faz parte do rol de elementos que caracterizam o contrato de trabalho, afirmando que pode ser acompanhado de contratos acessórios (DELGADO, 2014, p. 524). Doutrinariamente, as características são examinadas da seguinte forma:

É um contrato de direito privado pela autonomia da vontade e paridade jurídica das partes; bilateral e consensual, por gerar direitos e obrigações para ambos os contratantes (SUSSEKIND, 2004, p. 231-232), independentemente de forma especial, como expresso no art. 443 da Consolidação das Leis Trabalhistas; sinalagmático por fundamentar-se em obrigações recíprocas e equivalentes; Intuito Personal, por ser o empregado parte infungível, sob pena de descaracterização do referido contrato (GODINHO 2014, p. 525).

Ademais, é de trato sucessivo, não se esgotando com a realização de um único ato, de maneira continuada e traduzindo-se em um “débito permanente, contínuo, duradouro em que os direitos e obrigações se renovam a cada período” (SARAIVA, 2010, p. 125). Caracteriza-se, também, pela onerosidade como “[...] transferência recíproca, ainda que desigual, de riquezas entre as partes contratuais” (DELGADO, 2014, p. 526).

A exceção à onerosidade é clara no que tange ao trabalho voluntário, que dispensa qualquer pagamento. É uma forma de trabalho pelo prestígio social, em que atende aos interesses comunitários e a atividade desempenhada reverte-se a favor do próprio serviço ou trabalho prestado.

A questão da alteridade: é um princípio que determina que os riscos da atividade profissional devem ser exercidos única e exclusivamente pelo empregador. É o que preocupa Saraiva (2010, p. 125) que salienta que as parcelas salariais devem ser pagas independentemente do lucro auferido (ou não) pela empresa. Tal disposição é, acima de tudo, constitucional, que no seu artigo sétimo abarca a possibilidade de o empregado participar dos lucros da empresa, mas jamais arcar com seus prejuízos.

A subordinação, importante – senão a principal – característica dos contratos de trabalho, merece maior relevância quanto seu estudo e, portanto, será esmiuçada ao máximo para entender as várias visões sobre tal elemento.

#### **4.1 A subordinação e suas repartições**

A palavra subordinação deriva da combinação “sub + ordinare”, que significa, em sua etimologia, ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele que se encontra outro sujeito. Por ser um conceito dinâmico jurídico não deve perder contato com a realidade social (MAIOR, 2007, p. 56).

É caracterizada pela sujeição de uma das partes em detrimento da outra. Rodrigues Pinto (2003, p. 110) afirma que “pela própria substância da relação estabelecida pelos contratantes, um se coloca sob a sujeição do outro, como condição fundamental para implemento da

relação”.

Nascimento (2009, p. 46) explica que “consiste na situação jurídica que emana da relação de emprego através da qual o empregado permite que sua força de trabalho seja utilizada como fator de produção na atividade econômica exercida por outrem, comprometendo-se a aceitar o poder de direção do empregador no sentido de dirigir a sua prestação pessoal de serviços”.

Esse elemento pode estar vinculado, inclusive, com a necessidade de detalhar as condições de executoriedade da atividade e pelo estado permanente da sujeição do empregado ao empregador, visto que a não eventualidade é pressuposto da relação de emprego. Assim, surge uma série de deveres de conduta, a partir do contrato de trabalho, que deve ser obedecido em prol dos objetivos da empresa. É o diferencial do contrato de trabalho com os demais negócios jurídicos (COUTINHO, 1999, p. 115).

Thais Mendonça Aleluia (2015, p. 75) traz a divisão da subordinação como técnica, econômica e jurídica. Para a autora, a subordinação técnica é aquela em que o empregador precisaria apresentar superioridade em relação ao empregado sendo necessário que entendesse mais do serviço prestado do que o empregado. Entende, assim, que a subordinação elencada na CLT não é essa, visto que nem todo dono de hospital é médico, por exemplo, o que não exime o empregado de observar as ordens emanadas de seu empregador.

Da mesma forma, a subordinação em questão não é econômica, uma vez que a exclusividade não é elemento essencial do vínculo, podendo o empregado depender de um contratante, e não de outro, sendo, mesmo assim, subordinado a ambos. Portanto, a subordinação independe do poder econômico do empregado (MAIOR, 2007, p. 58).

Assim que a subordinação que envolve as partes do acordo de trabalho é unicamente jurídica, decorrente de contrato, sendo um dever do empregado pelo fato de ter firmado um contrato com seu empregador, ajustando que o empregado estará sujeito às ordens do empregador – no limite da não abusividade ou ilegalidade (ALELUIA, 2015, p. 75).

Ressalta-se que a relação jurídica de trabalho decorre da causa

inicial do acordo: o encontro das vontades das partes, formando poderes e deveres recíprocos, qual sejam de comando e obediência, prestação de serviço e de remuneração (GOMES, 2007, p. 133-134).

Seria em vão os poderes do empregador frente ao empregado se não houvesse um método de garantir que suas ordens serão acatadas, portanto confere-se ao empregado a faculdade de aplicar penas em caso descumprimento de ordens, garantindo o respeito à hierarquia (SARAIVA, 2010, p. 76).

O artigo terceiro da CLT conceitua o empregado e alude à dependência considerada apenas jurídica, resultante do ajuste dos contratos de trabalho (SUSSEKIND, 2004, p. 217). A relação de emprego reconhece, como elemento intrínseco do contrato de trabalho, a subordinação jurídica, uma vez que todo poder proveniente do empregador corresponde necessariamente a um dever a seu favor.

Muito embora seja tutelado pelo direito, que o protege para minimizar as agruras econômicas, o empregado deve juridicamente obediência e fidelidade ao seu empregador, ou seja, está em um estado de submissão da sua vontade à determinação do empregador que detém o poder de dirigi-lo, controlá-lo, fiscalizar a sua conduta e vida e, por conseguinte, puni-lo no próprio interesse (DELGADO, 1999, p. 26).

Além disso, tradicionalmente o empregador controla as atribuições inerentes à função, o que, por vezes, não é mais vislumbrado nas relações de trabalho modernamente, visto que algumas contratações recaem sobre pessoas que possuem um grau de conhecimento em determinada profissão do qual não é de competência do empregador (BARROS, 2007, p. 284).

A subordinação jurídica, segundo as doutrinas, pode ser classificada como clássica, objetiva, ou estrutural, dependendo do modo como a empresa se estrutura e lida com seus funcionários. A forma clássica dessa subordinação é oriunda do modelo organizacional taylorista, que “posiciona o trabalhador como engrenagem do sistema produtivo, segundo uma direção científica do trabalho” (MARTINEZ, 2012, p. 154).

Isso significa que uma pessoa está submetida funcionalmente à vontade da outra com o intuito de unificar a coordenação de atividades

diversas. Nesse sentido, a subordinação oriunda do contrato de trabalho, “embora acarrete a dependência hierárquica, não importa na subordinação social do homem que trabalha ao seu empregador” (SUSSEKIND, 2004, p. 219).

De outro norte, se o trabalhador estiver inserido na atividade-fim da empresa, ele encontra-se subordinado estruturalmente ao empresário, transformando-o, assim, em empregado. Nesse contexto, o vínculo é extraído pela inserção do empregado no processo produtivo (estrutura) da empresa (DELGADO, 2010).

A importância dessa forma de subordinação é evidente nas empresas que têm trabalhadores inseridos em atividades que não sejam a atividade-fim, podendo, mesmo assim, serem reconhecidos a subordinação e o vínculo empregatício por estarem inseridos na estrutura da empresa e na atividade econômica de forma essencial.

Subordinação objetiva, por sua vez, é aquela que recai sobre “o serviço prestado, como decorrência direta do contrato de trabalho”, logo, quem está subordinado é o próprio serviço, não o empregado (ALELUIA, 2015, p. 77 e 78). Tal visão amplia os horizontes do conceito de empregado, englobando os trabalhadores externos, em domicílio ou teletrabalho. Nesses casos específicos a fiscalização recai sobre o serviço por ele prestado, restando comprovada a subordinação pela obrigatoriedade no cumprimento das metas.

Entretanto, por mais benéfica que seja ao trabalhador, há uma crise sobre a subordinação objetiva, que consiste na faculdade de o empregador impor sanções disciplinares, bem como a incorporação na atividade de colaboradores, não empregados, incorporados ao desenvolvimento econômico da empresa.

Embora hodiernamente seja percebida de forma preponderante a subordinação clássica em detrimento das outras, é possível vislumbrar, também, a subordinação estrutural, que, em breves considerações, possui identificação mais cristalina: se o trabalhador está inserido no corpo físico da empresa, bem como atua em atividades que subsidiariam ou que seja propriamente a atividade-fim, ele é considerado subordinado.

A subordinação objetiva é aquela que subordina o trabalho

independentemente de onde ele seja realizado, fazendo, assim, com que os colaboradores que trabalham em casa também sejam beneficiados com essa característica do contrato de trabalho.

Dessa forma, a partir dessa análise do princípio basilar do contrato de trabalho, é possível chegar à conclusão de que a subordinação – por ter como decorrência direta o dever de obediência em relação ao empregador – é, como bem explana Thais Mendonça, “o contraponto do contrato de trabalho que implica, para o empregado, abrir mão de parcela da sua liberdade, a fim de que atenda às ordens emanadas do seu empregador” (ALELUIA, 2015, p. 75).

#### **4.2 Os poderes do empregador e os direitos do empregado**

O artigo segundo da CLT traz o conceito do empregador como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Ainda, equiparam-se ao empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados para fins de relação de emprego. Contudo, é mais seguro admitir que o empregador é aquele que utiliza a força laboral de outrem – o empregado – mediante pagamento de salário, para desenvolver alguma atividade de trabalho, independentemente da finalidade.

Há uma polêmica interessante quanto à pessoa jurídica vista como empregador conceituado como organização de trabalho alheio, diferindo do estabelecimento comercial (não necessariamente um local físico). Isso porque a natureza jurídica da empresa é vista tanto como sujeito quanto objeto de direito. Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 390) critica o uso da expressão “empresa” na legislação trabalhista, afirmando que “empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento”. Vê como falha o uso desse vocábulo, uma vez que interpretaria que a alteração do titular da empresa não importaria na continuidade da relação de emprego.

Cristalina é a ideia de que as características de tal figura é o poder que ela tem no que tange à admissão de pessoas qualificadas para executarem os serviços, que devem ser contratadas de forma

assalariada e a orientação dos trabalhos da empresa, sendo esses o controle e a administração na prestação de serviços. Extrai-se, portanto, que o empregador, ao abrir as portas de seu empreendimento, deve ter clareza dos riscos que assume, como exemplo de pagamento de despesas extraordinárias advindas de horas extras de trabalho, que deverá ser suportado com exclusividade pelo dono do negócio.

O empregado, por sua vez, é o protagonista do direito do trabalho. O artigo terceiro da CLT é incisivo ao afirmar que “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

Com a expressão das vontades de prestar/receber serviço laboral e de formar um vínculo contratual trabalhista é o que confere a qualidade do vínculo empregatício. Tal contrato independe de qualquer formalidade, podendo ser tácito, com a simples prestação do serviço, não pondo em risco as características elementares do empregado (DELGADO, 2014, p. 346).

Sussekind (2004, p. 216) corrobora com esse ponto de vista ao dizer que os dispositivos 442 e 443 da CLT buscam “despir o contrato de trabalho de formalidades exigidas para outros negócios jurídicos”, ressaltando que devem ser levados em consideração é a situação fática e a consagração de todos os requisitos da relação de emprego, que assim será considerada.

São cinco os requisitos fundamentais para a identificação dessa figura jurídica: o trabalhador deve ser pessoa física, que exerça suas funções pessoalmente, o qual deve ser exercido, também, de forma subordinada às direções do empregador, e de forma contínua, havendo clara habitualidade na prestação de labor, que será recompensado mediante remuneração.

Como bem simplifica Octavio Bueno Magano (2000, p. 80): “Empregado, em síntese, é o trabalhador subordinado”. Para ele, a característica mais importante do empregado é ser pessoa humana com virtudes e qualidades singulares, motivos pelos quais levam o empregador a contratá-lo, o que explicaria a relevância da personalidade. A premissa dos empregados é que essa espécie distinta de trabalhadores goza dos benefícios da proteção trabalhista. Portanto, é conclusivo que nem todos

os trabalhadores são empregados, porém alguns trabalhadores gozam dos direitos trabalhistas, como os menores aprendizes (GOMES, 2007, p. 133).

A terceirização é um ponto bem analisado pela justiça trabalhista, uma vez que é uma forma de prestação de serviço direta sem o vínculo de emprego com o estabelecimento que efetivamente é beneficiado com o labor do empregado. Após a compreensão de quem é o empregado como sujeito que se subordina a seu empregador a fim de gozar as proteções da legislação trabalhista, é momento de entender um contraponto deste ângulo de estudo: os poderes conferidos ao empregador pela mesma legislação que tanto abraça o empregado.

Em princípio, é importante estudar o vocábulo “poder”, que, de acordo com o dicionário jurídico, é “o direito de ordenar, de fazer-se obedecer pela força coercitiva da lei ou das atribuições que se reveste o cargo de que está investido quem tem a faculdade de ordenar” (GUIMARÃES, 2008, p. 148).

Mais profundamente, a discussão sobre o poder é muito anterior ao surgimento de dicionários. Maquiavel discute o poder visto da posição do príncipe em relação ao povo, enquanto La Boétie entende que o autoritarismo derivado do poder é responsável pela opressão do povo.

Hodiernamente, vislumbra-se que a palavra “poder” é usada quando há uma capacidade de impor a vontade de alguém em alguma relação social. Mesmo com a grande distância entre as teses defendidas pelos filósofos, ambos acreditam que o poder deriva das pretensões do homem, não possuindo vínculo com o divino, e todos os cidadãos devem lutar para obtê-lo. O poder surge como forma de controle social, sendo a capacidade de impor sua vontade para transformar a realidade em que vive, o poder é visto como o maior desejo do homem, sendo, também, o que mais o corrompe.

Quando se trata de discutir o poder, Maquiavel (2000, p. 96) é destaque, entendendo que o homem é completamente vulnerável e demonstrará total lealdade a quem lhe presta ordens enquanto todas suas necessidades forem supridas, enquanto, diante da dificuldade, há revolta. O autor preocupa-se, em seu livro “O príncipe”, com as maneiras de

conquistar o poder, acreditando que o mal deve ser usado quando necessário. Essa resta clara em sua famosa expressão:

Nasce aí uma questão: se é melhor ser amado que temido ou o contrário. A resposta é de que seria necessário ser uma coisa e outra; mas, como é difícil reuni-las, em tendo que faltar uma das duas é muito mais seguro ser temido do que amado.

Outro importante nome quando se trata das filosofias sobre a hierarquia é Marx, que percebia o poder de maneira negativa, uma vez que a classe burguesa era vista como opressora dos trabalhadores. Dessa maneira o autor trabalha o poder tanto no aspecto de infraestrutura quanto na relação entre os seres humanos na essência de sua própria existência:

A natureza oferece os meios de vida, no sentido de que o trabalhador não pode viver sem objetos nos quais se exerça, assim também oferece, por outro lado, os meios de vida no sentido mais estrito, isto é, o meio de subsistência física do trabalhador mesmo (2004, p. 81).

128

Foucault, de outro norte, é otimista e traduz no poder o impulso necessário à sociedade para que haja avanço nas áreas da medicina e da ciência, tendo em vista que a burguesia temia ser atingida por doenças das classes menos favorecidas e o medo era o grande propulsor de políticas preventivas contra doenças e controle do corpo trabalhador.

Ele explana, também, sobre o poder na esfera familiar, alegando que sem esse não haveria organização na sociedade: “entre cada ponto do corpo social, entre homem e mulher, entre membros de uma família, [...] entre cada um que sabe e cada um que não sabe, existem relações de poder” (FOUCAULT, 1980).

Desse modo, volta-se ao assunto principal, qual seja a relação de poder no ambiente de trabalho. Independentemente de que dicionário ou filósofo se estude, o poder encontra-se na subordinação do empregado, permitindo que o empregador possua alguns poderes específicos para nortear os serviços do trabalhador e organizar as atividades da empresa. Esse poder é dividido didaticamente a fim de entendê-lo e descobrir seus limites em poder de direção, de organização, de controle e disciplinar.

O poder de direção é aquele que organiza a prestação de serviços e a produção dos bens fornecidos pela empresa. Dele decorrem

os outros três poderes inerentes à profissão: o poder organizacional, de controle e disciplinar. Deverá o empregador orientar e fiscalizar todos os trabalhadores, punindo as irregularidades cometidas no decorrer das atividades e mantendo a ordem e disciplina da empresa (SUSSEKIND, 2004, p. 261).

Reconhece-se esse direito como poder de comando, enfatizando que o que o configura é o poder de estruturar organicamente a empresa; estabelecer a hierarquia; dirigir a prestação pessoal de serviço dos funcionários e fixar as regras disciplinares e suas respectivas funções. Tal poder é hierárquico, subordinando juridicamente o empregado ao celebrar o contrato de trabalho e corresponde à capacidade atribuída ao empregador de dirigir a prestação subordinada de serviço (MAGANO, 2000, p. 39).

O poder de organização é o direito que o empregador tem de organizar seu empreendimento decorrente do direito fundamental de propriedade, concedendo o direito ao patrão de organizar seu grupo de atividades laborais, visando, evidentemente, ao lucro da empresa (MARTINS, 2000, p. 177).

Entretanto, Nascimento (2000, p. 717) entende que a organização da empresa não deve ser entendida apenas de forma econômica, mas cabe, também, formular a ordem social das atividades do empreendimento, podendo ser exercido de forma verbal ou escrita e os comandos podem ser “positivos ou negativos, gerais ou específicos, diretos ou delegados”, a critério de escolha do empregador.

O poder de controle refere-se não somente a uma faculdade do empregador, mas um dever de fiscalização das atividades profissionais de seus colaboradores. Essa premissa deve ser utilizada para “controlar a execução dos serviços de seus empregados, bem como a maneira como estes foram prestados” (MARTINEZ, 2012, p. 245). Ainda, não é inerente apenas sobre como o trabalho é prestado, mas ao comportamento do trabalhador, por isso algumas empresas adotam a revista dos pertences do empregado ao deixar as empresas (NASCIMENTO, 2014, p. 719).

Ocorre que, por vezes, há choques decorrentes desse direito de fiscalizar e a violação de direitos fundamentais dos trabalhadores, como direito à imagem, à segurança e à privacidade. Isso é comum quando

a forma de controle utilizada é por meio de tecnologias, que poderão ser efetivas tão somente quando houver prévia e pública informação do procedimento, uma vez que os direitos fundamentais prevalecem àqueles concernentes à empresa.

Por fim, o direito disciplinar corresponde à aplicação do poder no que tange às punições caso alguma ordem sua seja descumprida. Por certo que deve ser usado de forma equilibrada e usado proporcionalmente à gravidade do ato cometido pelo empregado. Podem ser aplicadas pela advertência verbal, advertência escrita e suspensão, para faltas disciplinares ou insubordinação leve, média e mais grave respectivamente.

Esse poder, de acordo com Maria do Rosário Ramalho (1993, p. 185), é “de modo geral, relacionado com o poder diretivo, sendo-lhe atribuída a função que garante a eficácia desse poder, sem a possibilidade de reagir contra o trabalhador pelo não cumprimento das emanações do poder de direção”.

Concluindo, Pereira (1991, p. 9) traduz de forma brilhante os motivos pelos quais as responsabilidades do empregador lhe trazem tamanhos poderes, dizendo que “em qualquer regime econômico, é fundamental que as unidades produtoras, seja qual for seu porte, se organizem hierarquicamente, com vistas à realização de seus objetivos.”

Dessa forma, a medida do sacrifício feito pelo empregado ao entregar parcela de sua liberdade ou autonomia em mãos do empregador durante a prestação de serviço deve ser colocada da mesma forma a dependência jurídica de seu respectivo empregador. Por evidência, tais poderes inerentes ao empregador devem ser usados de forma moderada e com total controle a fim de não provocar quaisquer constrangimentos aos empregados, que têm total proteção contra atos que afrontem sua honra.

## **5 A LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO DENTRO E FORA DO AMBIENTE DE TRABALHO**

O que se tem de relatos da condição humana de trabalho nas mais antigas sociedades é um sistema combatido até hoje: a escravidão.

Aqueles que não detinham a condição humana – os escravos – eram privados de todos os direitos. Por trabalharem para seus amos eram considerados coisas. Sem a liberdade, os escravos perdiam também o direito à vida, à dignidade e à saúde, ficando à mercê da vontade de seus donos.

Os homens livres que realizavam algum tipo de trabalho com a finalidade lucrativa eram vistos, com desdém pelo fato de negarem o ócio. Trabalhar era considerado uma prática desonrosa, por isso aquele que o fazia era discriminado na sociedade. De acordo com a doutrina de Sussekind (1999, p. 29-30), a escravidão entre os romanos, egípcios e gregos tomou grandes proporções. Contudo, a sociedade escravista foi perdendo as forças e, ao receberem sua carta de alforria, os escravos acabavam retornando a trabalhar com o intuito de garantir seu sustento, tendo em vista que nada possuíam, possuindo como única vantagem o trabalho mediante salário.

O sistema feudal é uma nova forma de servidão: do homem e da terra. O trabalhador, em gozo de sua liberdade, coloca-se à disposição do proprietário de terra, declarando ser leal e pagando tributos (MATTOS JUNIOR, 2009, p. 23). Com a ascensão do mercantilismo, o trabalho passa a integrar o cotidiano do homem livre, fazendo emergir os ideais de liberdade de forma clara e transparente. Os burgueses, diretamente envolvidos com o comércio, passam a exigir do Estado a não intervenção nos assuntos regidos pela vida privada.

Pequenas vilas oriundas da proximidade entre os burgueses objetivavam que os ofícios fossem passados de geração em geração e, com isso, o mercado de trabalho fosse garantido. A força dessa classe emergente buscava diminuir a intervenção estatal que prolatava o crescimento da atividade mercantil. No século XVIII, Adam Smith concretizou a doutrina liberal, na qual o Estado não deveria intervir em assuntos econômicos. A mão invisível, que supostamente controlaria as atividades econômicas, não foi capaz de retardar as desigualdades sociais e deu surgimento a uma nova forma de escravidão: a exploração dos trabalhadores assalariados.

Até os dias atuais, os direitos fundamentais, principalmente da liberdade, não foram conquistados em sua plenitude. Embora tão

sublime direito busque em sua ideologia uma vida justa para todos os indivíduos, a realidade é que a concretização da liberdade de forma total e perfeita ainda é apenas uma utopia.

Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 789) aplica o direito de liberdade de pensamento e expressão no direito do trabalho, afirmando que “configura-se prática discriminatória penalizar o empregado ou despedi-lo em razão das suas convicções manifestadas no serviço, constando que de modo adequado e não ofensivo”. Entretanto, ressalva que, caso esse não se manifeste de forma adequada, poderá sofrer as devidas consequências, incluindo, assim, a desobediência quanto às normas do contrato de trabalho.

Reitera-se que tal liberdade deve ser entendida como prioritária, contudo não ilimitada. Assim, pode sofrer restrições na relação de trabalho, quando preenchidos três requisitos: “a necessidade da regra imposta, a adequação dessa regra e a proporção em que ela é imposta” (NOTA DEZ, 2013).

Nesse contexto, defende-se a liberdade de manifestar os pensamentos dos trabalhadores no âmbito da empresa, apartando a subordinação ao empregador pela obediência de ordens referentes ao serviço prestado e os direitos de personalidade do trabalhador (DRAY, 2006, p. 72). Entretanto, apesar de não ser admissível a vedação da possibilidade de expor suas opiniões no ambiente de trabalho, o autor reconhece que tal liberdade não é absoluta ou ilimitada:

[...] a segunda parte do preceito determina que a referida situação de vantagem cessa na medida em que do seu exercício resulte a ofensa dos direitos de personalidade de outros sujeitos laborais ou quando o mesmo seja susceptível de afetar o normal funcionamento da empresa (DRAY, 2006, p. 75).

Pertinente ao referido assunto e com absoluta convicção de que, em regra, os atos da vida privada não devem repercutir na vida pública, mas aceitando que, como toda regra, há exceções, o Ministro Alexandre Belmonte (2012) exemplifica com a situação hipotética de uma apresentadora de programa infantil que faz um filme pornográfico. Ao tornar-se público, poderá interferir no seu trabalho como apresentadora, “porque as duas coisas são incompatíveis”.

## A limitação dos direitos fundamentais no ambiente de trabalho

Denota-se que as restrições dos direitos fundamentais é tão complexa que dificulta, inclusive, sua sistematização. Além disso, por ocuparem o mais alto nível de hierarquia entre os direitos, as garantias fundamentais podem ser limitadas tão somente pelo próprio Texto Constitucional. Endente-se que outra forma de limitar os direitos fundamentais está pautada na criação de leis ordinárias com fundamento imediato na Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro.

Consideram, portanto, restrições legais como “aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldado em expressa autorização constitucional” (MENDES E BRANCO, 2011, p. 228). O assunto é debatido desde 1789, quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já referenciava restrições expressas. É o caso do artigo 4º da referida declaração, que preceitua:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Dessarte, previam desde outrora que os limites dos direitos fundamentais devem ser descritos pelo legislador. O artigo 10 do mesmo texto traz as premissas sobre a liberdade de expressão, restringida com o fundamento da preservação da ordem pública: “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.

Há autores que entendem que, por serem datados e situados de forma histórica, os direitos fundamentais salientam o problema de sua limitação como dificuldade de restrições a tais direitos. A exemplo, a Constituição Federal de 1937 já dispunha sobre a liberdade de manifestação de pensamento:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 15. Todo cidadão tem o direito de manifestar seu pensamento, oralmente ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

Acredita-se que a limitação dos direitos fundamentais autoriza-se, em determinados casos, “a estabelecer autênticas limitações aos direitos de liberdade” (MENDES E BRANCO, 2011, p. 230). A liberdade de informação, expressada como manifestação de pensamento foi tratada com destaque na Constituição Federal de 1988, entretanto, não passou despercebida pelo legislador que haveria de ser exercida nos moldes compatíveis com os direitos fundamentais da honra, imagem e a vida privada.

Apesar de o legislador ser prudente quando da limitação das liberdades, não há olvidar os conflitos que surgem entre esses direitos. Tal colisão ocorre, de forma autêntica, “apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual” (MENDES E BRANCO, 2011, p. 266). Tamanha a relevância que O Comitê de Direitos Humanos da ONU (2011) confirmou a preponderância da liberdade de expressão, reiterando a consagração alemã: “os valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material”.

134

Portanto, a limitação da liberdade de expressão, em especial, deve ser tratada com extrema exceção, sendo admissível somente em casos especialíssimos. O Ministro do TST, Alexandre Agra Belmonte (2012), alega que “dentro do ambiente de trabalho, a subordinação presente na prestação de serviço é um fator de limitação da liberdade”.

Assim, resta cristalina a ideia de que, em determinadas situações, é completamente plausível a limitação dos direitos fundamentais, que pode ocorrer em detrimento do texto legislativo ou mesmo na ponderação dos direitos decorrentes de conflitos entre eles.

Confirma-se, dessa forma, que nenhum direito é absoluto, podendo haver restrições entre eles, que devem ser delimitadas nos casos concretos, pela observância das normas já fixadas em lei. Ainda, em 1789, na França, a Declaração de direitos do homem e do cidadão, já redigia o artigo 4º:

A Liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outra pessoa: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só encontra limites naqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela Lei.

Essa celeuma causa um abalo na segurança jurídica dos indivíduos, ao passo que há um “espaço de incerteza” entre o que o texto do legislador e sua efetiva aplicação. A colisão ocorre quando dois titulares reclamam para si liberdades que se excluem reciprocamente. Em outras palavras: “dois direitos colidem quando o exercício de um deles por parte de seu titular prejudica o uso de direito fundamental por parte do outro titular, como ocorre, por exemplo, entre a liberdade de expressão” (BRAGE CAMAZANO, 2015, p. 1071).

Dessarte, o Ministro Alexandre Belmonte (2012) reconhece que tanto o poder do empregador quanto o direito à liberdade do empregado são direitos constitucionais e devem coexistir, não podendo negar a vigência da Carta Magna para dizer qual direito que “vale”.

Por não serem absolutos, nem ilimitados, tais normas fundamentais apresentam um caráter aberto, exigindo da interpretação a tarefa de harmonizar esses direitos (BARROS, 2015, p. 1071). Para solução de conflitos dessa natureza, o Ministro aponta que o ordenamento jurídico é falho no que tange às diretrizes aos magistrados para tomar decisões desse crivo, afirmando, inclusive, que “muitas vezes a lógica acaba se transformando num ‘achômetro’, que não correspondem a um critério científico”.

Os dissídios decorrentes de conflitos entre as liberdades podem ser solucionados com o manejo dos princípios pertinentes ao caso concreto (ROMITA, 2015, p. 1072). Para tanto, é preciso levar em consideração que o empregador, ao limitar a liberdade de seus empregados, pauta-se em seus direitos constitucionais do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF) e da valorização da livre iniciativa (art. 170 da CF).

Nesse norte, quando se deparam com questões delicadas os julgadores precisam usar dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, verificando, em cada caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer. Isso porque os princípios consagram valores, e não estão intimamente ligados a condutas específicas, como as normas. No que concerne às regras, essas são inflexíveis e delimitadas e devem ser interpretadas, de acordo com Ronald Dworkin (2007): “a maneira do tudo ou nada”.

De um modo geral, enquanto em abstrato os princípios

possuem a mesma força normativa, quando surge a situação em concreto, e a conseqüente colisão entre eles, é preciso que se pondere para perceber qual princípio triunfará. Retornando sobre os casos concretos de conflitos com a liberdade de expressão no ambiente de trabalho, Romita (2015, p. 1072) acredita que “no exercício da liberdade de expressão e informação, a atividade do empregado encontra limites no poder de direção e de fiscalização exercido pelo empregador, que deriva do princípio da liberdade de iniciativa”.

O Ministro Maurício Godinho Delgado (2010), em acórdão em que o relator trata sobre a limitação da liberdade do trabalhador, disserta sobre o poder fiscalizador e os direitos fundamentais no ambiente de trabalho:

O poder empregatício engloba o de fiscalizar (ou poder de controle) [...] Há limites, todavia, ao poder de fiscalização empresarial, uma vez ser inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas de fiscalização que agridam a liberdade e a dignidade básicas da pessoa física do empregado, as quais se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais [...] Todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções de fiscalização no contexto de trabalho, colocando em franca ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e a dignidade do empregado.

Nas empresas de tendência, podem ser limitadas não apenas as liberdades de expressão e pensamento, como também a liberdade matrimonial e religiosa, por exemplo. O TST também apresenta situações em que os motivos alegados para demissão foi por causa do uso indevido de equipamentos de trabalho para atender à esfera pessoal. Isso reflete diretamente na liberdade de expressão do empregado no ambiente de trabalho.

A doutrina entende que “as convicções do empregado, pelo menos no que tange ao exercício das tarefas indispensáveis à atividade empresarial, devem coadunar-se com a ideologia e as crenças perfilhadas pelo empregador” (ROMITA, 2015, p. 1071). Dessa forma, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro não aperfeiçoar a maneira como devem ser colocados em evidência um ou outro direito fundamental, continuará sendo responsabilidade dos magistrados resolver os casos concretos que os códigos não norteiam.

Para tanto, os magistrados devem utilizar-se de dois princípios: a razoabilidade e a proporcionalidade, “o primeiro manda atender à existência de um fundamento razoável, de tal forma que é contrária a igualdade perante a lei a diferença ou identidade de tratamento que não se baseie num fundamento razoável; o segundo critério é o que decorre da existência do arbítrio” (ROMITA, 2015, p. 1075).

A razoabilidade consiste na aplicação do que é plausível à realidade social. Compreende-se, então, como um princípio encontrado para que pudesse fazer a imposição de um direito sobre outro, adequando os meios para atingir os objetivos pretendidos. Em outro quadrante, destaca-se que não se caracteriza o princípio da arbitrariedade devido à observância do convencimento motivado do juiz, uma vez que este expõe minuciosamente quais as razões que o levaram a tomar determinada decisão.

Portanto, após o estudo das maneiras como podem ser solucionados os conflitos entre direitos fundamentais, cabe concordar com o Ministro Alexandre Agra Belmonte (2012), entendendo que, nesses casos, há fazer uma esmiuçada análise sobre os direitos que se apresentam e averiguar qual deles merece maior respaldo.

Para tanto, Canotilho leciona que “uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nessas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro” (ROMITA, 2015, p. 1071). Malgrado as anotações desse doutrinador sejam verídicas, cabe destacar que, quando se trata de direitos fundamentais, não há como definir uma hierarquia.

Diante da não preponderância de um direito fundamental sobre outro, quando do conflito entre eles, um dos direitos deles deverá ceder perante o outro, o que não significa que será invalidado. Cabe aos magistrados avaliar e estimar de forma comparativa as peculiaridades de cada caso se o que deve prevalecer é a liberdade de expressão ou o direito à livre iniciativa.

Para que seja eficaz e a mais correta possível a decisão do magistrado, é preciso que se faça a cuidadosa análise das características do caso em exame e, após, a determinação de qual dos dois direitos é mais digno de proteção. Atendidos os requisitos, haverá os julgadores de

encontrar o ponto exato de equilíbrio entre os valores em questão, para que aquele que não prevaleça possa ser classificado única e exclusivamente na medida necessária.

Conclui-se, assim, a partir dos estudos doutrinários e da pesquisa jurisprudencial que não há uma resposta em abstrato para os casos em que há conflito entre a liberdade de expressão no ambiente de trabalho e sua possibilidade de limitação pelo empregador, devendo ser analisados caso a caso, para, então ponderadamente, acatar a prevalência de um deles sobre o outro.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos realizados, torna evidente que a solução para problemas oriundos no ambiente de trabalho que fere a liberdade do empregado e/ou o poder de direção do empregador apontada pelo Ministro Alexandre Agra Belmonte (2012) é a mais palpável: a ponderação. A partir da análise da evolução dos direitos fundamentais no decorrer do desenvolvimento da sociedade em que estavam inclusos, é notória a importância do direito à liberdade nesse progresso, haja vista estar presente desde a primeira geração de direitos essenciais ao ser humano.

Mesmo que didaticamente se entenda que os direitos vão surgindo à sociedade para suprir as necessidades de seus cidadãos, resta claro que foram apenas sendo reconhecidos, visto que sua eficácia vinha sendo mantida desde os tempos mais remotos, autônomo à posituação deles.

Entretanto, independentemente da relevância do direito fundamental à liberdade – em especial a de expressão – é imprescindível que se adote uma postura maleável no que tange aos conflitos de interesse que possam surgir, uma vez que nenhum direito é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma, os vínculos empregatícios podem ser vislumbrados mesmo que não documentados. Na ânsia de mascará-los, os empregadores ignoram os princípios que norteiam os direitos trabalhistas e deixam de cumprir com seus deveres, ferindo os preceitos

básicos dos empregados.

No entanto, manifesto ou não o vínculo empregatício, uma vez existente por adequar-se aos requisitos legais, é preciso que se reconheçam os direitos dos trabalhadores e a limitação que sofrem ao firmar o contrato de trabalho. Exemplo disso é a renúncia que fazem os empregados de parte de sua liberdade a fim de prestar obediência às ordens do empregador com a finalidade comum do desenvolvimento da empresa para a qual fora contratado.

Dessa forma, os trabalhos de uma empresa podem ser desenvolvidos em harmonia, quando do respeito mútuo entre os direitos do empregado – em especial à liberdade – e do empregador – de direção e propriedade privada. Contudo, nem sempre essa linha tênue entre o exercício de seus direitos e a respeito dos direitos alheios é considerada.

Nesses casos, quando uma das partes fere o direito fundamental de outrem e socorrem-se ao Poder Judiciário para solucionar seus conflitos é que se identifica um ‘caso difícil’ da teoria alexiana e, portanto, deverá ser decida sob a ponderação dos magistrados responsáveis pela demanda.

Conclui-se, portanto, que, embora os direitos do empregador sejam evidentes ao empregado quando do início da relação contratual, não há preponderância entre um direito fundamental ou outro, mas, sim, uma análise a cada caso concreto a fim de buscar a solução mais justa para a situação em específico. É o dilema que condensa o Judiciário que, infelizmente, precisa de uma discussão de valores dos próprios magistrados para fazer justiça.

## REFERÊNCIAS

- ALELUIA, Thais Mendonça. **Direito do Trabalho**. Bahia: JusPodivm, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2010.
- BARROS, Suzana de Toledo. **Colisão entre direitos: Liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem**. LTR Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 79, n. 9, p. 1071, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho**. 18-11-2012. Disponível em: < [http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/3253513](http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513)> Acesso em: 2 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRAGE CAMAZANO, Joaquin. **Colisão entre direitos: Liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem**. LTR Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 79, n. 9, p. 1071, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2002.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília, DF: Senado Federal. 1943.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1937.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental** 187/DF. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, Voto Ministro Celso de Mello, p.2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187relat.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: 5136 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 1º-7-2014, Tribunal Pleno, data de publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342293/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5136-df-stf>> Acesso em: 16 nov. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

**Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 26 out. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DRAY, Guilherme Machado. **Direitos da personalidade**: Anotações ao Código Civil

e ao Código do Trabalho. Rio de Janeiro: Almedina, 2006.

FERREIRA FILHO. **Curso de direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **L'impossible prison, recherches sur le système pénitentiaire au XIX<sup>e</sup> siècle**. Paris: Du Seuil, 1980.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, William Couto. **Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A norma de direito fundamental**. Centro das Ciências Jurídicas. Florianópolis, n. 29, 1994.

GUIMARÃES, Deocleciano Torreri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 11. ed. São Paulo: Riedel, 2008.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LOCK, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego & direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARX, Karl. **Manuscritos econômicos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira. Direitos fundamentais e direito de liberdade. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 6, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 1806.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Masscaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do Poder Diretivo**. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, Soraia C. S.; ALMEIDA, Laiane Santos de. **O Poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne La Boétie**. Jurisway. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id\\_dh=5417](http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=5417)>. Acesso em: 15 set. 2015.

NOTA DEZ. TST – **Trabalho x liberdade de pensamento, uma relação delicada. JusBrasil**. 2013. Disponível em: <<http://nota-dez.jusbrasil.com.br/noticias/100190483/tst-trabalho-x-liberdade-de-pensamento-uma-relacao-delicada>> Acesso em: 2 out.2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

142

PEREIRA, Adilson Bassalho. **A Subordinação como Objeto do Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1991.

PILON, Almir José. **Liberdade e justiça: uma introdução à filosofia do direito em Kant e Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

PUCCIONELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Almedina, 1993.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **O discurso sobre a desigualdade do homem**. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

ROMITA, Arion Sayão. **A Subordinação no Contrato de Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, 2006.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: versão universitária**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



# O DEPÓSITO RECURSAL: OBSTÁCULO À AMPLA DEFESA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE



*Carine Staudt<sup>1</sup>*

*Fabrisia Franzoi<sup>2</sup>*

**Resumo:** Este estudo objetiva analisar a constitucionalidade da exigência do depósito recursal na seara processual trabalhista quando Microempresas (MEs) e Empresas de Pequeno Porte (EPPs) figuram no polo passivo da relação. Sustentou-se que o princípio do acesso à justiça garante aos litigantes o instrumental necessário para a solução da lide de forma justa. As ME e EPP, por operarem em uma faixa modesta de faturamento, não dispõem do mesmo poder econômico que as demais empresas. Concluiu-se que a exigência do depósito recursal mitiga o direito daquelas empresas ao reexame da sentença condenatória, configurando-se em um obstáculo a sua ampla defesa.

145

**Palavras-chave:** Ampla defesa. Depósito recursal. Empresa de pequeno porte. Microempresa.

## 1 INTRODUÇÃO

A importância do estudo do tema apoia-se na necessidade de avaliar a exigência do depósito recursal como requisito para admissibilidade dos recursos em lides trabalhistas, quando Microempresas e Empresas de Pequeno Porte figuram no polo passivo da demanda. A discussão ganha corpo quando se evidencia a inestimável importância econômica dessas entidades, que respondem por boa parte da geração de empregos no país. Além disso, reconhece-se neste trabalho um flagrante atentado ao

---

<sup>1</sup> Ex-estagiária do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, graduanda do curso de Direito no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, carinestaudt@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Doutoranda em Desenvolvimento Regional na FURB, Mestre em Ciência Jurídica na UNIVALI, Docente decana do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, Analista Judiciária do TRT 12ª Região, fabrisia@unidavi.edu.br.

princípio constitucional da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

Procurou-se entender se é constitucional ou não essa exigência do depósito recursal para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, na seara trabalhista, já que elas não possuem uma condição financeira igual às empresas de grande porte e, se seria possível ou não, a concessão da assistência judiciária gratuita ao pequeno empregador.

## **2 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

Historicamente a vida jurídica das ME e EPP remonta ao final da década de 1970, último estágio do regime militar, momento em que o governo brasileiro buscou, por intermédio do ex-Ministro do Planejamento, Hélio Beltrão, dar início à criação do Estatuto das Microempresas, procurando, assim, implementar uma das medidas do Programa de Desburocratização no setor público e privado (REQUIÃO, 2012, p. 88-89).

Nas palavras de Requião, “O ponto alto da política desburocratizante foi, sem dúvida, sua investida para livrar as empresas, comerciais, industriais ou civis, de regulamentos e portarias, que nada impediam as fraudes” (REQUIÃO, 2012, p. 89).

Até a instituição do atual Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o regime jurídico das microempresas passou ainda por diversas alterações legais, dentre as mais significativas pode-se citar aquelas referentes à legislação comercial e fiscal esparsas, como a edição do Decreto-Lei n. 1.750/1980 e da Lei n. 7.256/1984 (que estabeleceu normas integrantes do estatuto da microempresa), já revogada (REQUIÃO, 2012, p. 89). Esses diplomas, no entanto, não surtiram o efeito esperado. As exigências fiscais do Estado continuaram a onerar sobremaneira as ME e EPP, que são mais sensíveis às tributações em geral. Como resultado grande parte dessas empresas encontrou na sonegação tributária a única forma de se manter no mercado (REQUIÃO, 2012, p. 89).

A Constituição Federal de 1988 (art. 179) reservou à União, aos

Estados e aos Municípios o dever de constituírem tratamento jurídico diferenciado às ME e EPP, buscando, dessa forma, a simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (REQUIÃO, 2012, p. 89).

Requião (2012, p. 89-90) aponta os principais diplomas que, na década de 90, alteraram de forma significativa o regime jurídico das microempresas:

Editaram-se, após, as Leis ns. 8.864, de 28 de março de 1994, implantando o Estatuto da Microempresa, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que, revogando artigos da Lei nº 8.864/94, estabeleceu o Sistema Integrado de Pequeno Porte – o Simples. Em 5 de outubro de 1999 foi sancionada a Lei nº 9.841, que instituiu novo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, assegurando-lhes tratamento jurídico diferenciado e simplificado nos campos administrativos, tributários, previdenciários, trabalhistas, creditícios e de desenvolvimento empresarial, revogando as Leis ns. 7.256/84 e 8.864/94, mas mantendo a Lei nº 9.317/96.

Já o Código Civil de 2002, reverenciando a Constituição Federal, prescreve, no art. 970, que “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes” (REQUIÃO, 2012, p. 90).

Por fim, em 2006, surgiu a Lei Complementar n. 123 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e alterou dispositivos das Leis n. 8.212 (dispõe sobre a organização da Seguridade Social) e n. 8.213 (dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social), ambas de 24 de julho de 1991; da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; da Lei n. 10.189/2001 (dispõe sobre o Programa de Recuperação Fiscal); e da Lei Complementar n. 63/1990 (dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por esses recebidos, pertencentes aos Municípios). A Lei Complementar n. 123/06 ainda revogou as já mencionadas Leis n. 9.317/96 e n. 9.841/99.

Após sua promulgação, o Estatuto sofreu significativas alterações pelas Leis Complementares n. 127/07, n. 128/08 e n. 147/14

(REQUIÃO, 2012, p. 90). Essa última norma foi responsável por, entre outros objetivos, aumentar a participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações públicas.

O Código Civil de 2002 não definiu o que seja empresa, mas, sim, o seu titular, o empresário: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. (BRASIL, 2002) Na opinião do jurista Requião (2012, p. 77), “[...] no ângulo do direito comercial, empresa, na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário. Disso decorre inevitavelmente que avulta no campo jurídico a proeminente figura do empresário”.

O art. 966, no seu parágrafo único, traz ainda a seguinte ressalva:

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002)

148

A definição de empresa ficou a cargo da doutrina, que comumente a define como toda organização que explora atividades de produção e circulação de mercadorias, bens e serviços, exercidas por um empresário (pessoa física ou jurídica), em caráter profissional.

Essas organizações podem ser divididas de acordo com o tamanho de seu faturamento, principalmente com intuito de incentivos tributários, em: Microempresa, Empresa de Pequeno Porte e Empresas ditas “normais”.

A Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte são sociedades empresárias – seja sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada ou outra sociedade amparada pelo art. 966 do Código Civil – devidamente registradas no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

A Lei Complementar n. 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) dispõe, no seu art. 3º, o conceito de ME e EPP. A lei utiliza como critério definidor o faturamento da renda bruta anual: as MEs são as pessoas jurídicas que obtêm um faturamento bruto anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00; já as EPPs

são pessoas jurídicas com um faturamento bruto anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.

Mamede (2015a, p. 25) detalha os conceitos legais:

Consideram-se microempresa o empresário, a sociedade simples e a sociedade empresária que auferirem, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00; para empresa de pequeno porte, a receita bruta, em cada ano-calendário, deverá ser superior a R\$ 360.000,01, mas igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00. No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, esse limite será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses. Se a receita bruta superar R\$ 360.000,00, mas não R\$ 3.600.000,00, a microempresa torna-se empresa de pequeno porte. Em oposição, se a receita bruta de uma empresa de pequeno porte for igual ou inferior a R\$ 360.000,00, passará, no ano-calendário seguinte, à condição de microempresa. Por fim, se a receita bruta superar R\$ 3.600.000,00, a microempresa ou a empresa de pequeno porte perderá seu enquadramento, o que, todavia, não implica alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados, segundo o artigo 3º, § 3º, da Lei Complementar 123/06.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte sofreu alteração em 2008 após promulgação da Lei Complementar n. 128. Esse diploma instituiu a figura do Pequeno Empresário ou Microempreendedor Individual – MEI.

Além das faixas de faturamento da renda bruta anual, as ME e EPP ainda se distinguem das demais formas empresariais pelo vantajoso regime jurídico a que se submetem, do qual se extraem o regime diferenciado de apuração de recolhimento de impostos (Simples Nacional), o acesso facilitado a crédito, a preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos por meio das licitações e a facilitação no cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias.

As MEs e EPPs representam no Brasil inestimável importância econômica, destacando-se na segmentação de comércio e serviços, com a geração de emprego e renda. Em relação ao número de empresas nas atividades de comércio e serviço, as MPEs representaram, em 2011, respectivamente, 98% e 99% do total de empresas formalizadas. Em

relação ao emprego no Brasil elas eram responsáveis por 44% dos empregos formais em serviços e aproximadamente 70% dos empregos gerados no comércio (SEBRAE, 2014).

Tais dados revelaram que essa classe de negócios contribuiu com cerca de 36,2% do PIB dos serviços e de 53,4% do PIB do comércio, no período de 2009 a 2011 (SEBRAE, 2014). O valor agregado das MEs e EPPs, nesse mesmo período, na economia nacional cresceu de R\$ 445 bilhões para R\$ 599 bilhões (SEBRAE, 2014).

É oportuno deixar registrado que as Micro e Pequenas Empresas respondem melhor aos momentos de crise econômica, pois detêm certas facilidades de crédito, possuem vantagens tributárias (já estudadas) e lidam com menor quantidade de trabalhadores. Seus empreendedores visam a crescimento de longo prazo e, portanto, tendem a manter uma postura de ininterrupção do empreendimento.

Reconhece-se, portanto, o papel de destaque desempenhado pelos pequenos negócios no crescimento econômico brasileiro, já que respondem por boa parte da geração de empregos no País e contribuem para um grande percentual do PIB brasileiro. Além de sustentar a economia nos momentos de crise, agregam valor aos produtos e serviços em que as suas atividades estão envolvidas.

150

### **Tratamento diferenciado**

A base jurídica para o tratamento diferenciado das ME e EPP parte do disposto nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal. Esse último dispositivo estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão dispensar tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte quanto às obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Nesse âmbito, a lei poderá, inclusive, reduzir ou suprimir tais obrigações.

A previsão constitucional traz o fundamento de todo o regime jurídico próprio das empresas de pequeno porte, provendo a inteligência exegética necessária para as demais normas que compõem o referido ordenamento. Mamede (2015b, p. 105) destaca o equilíbrio normativo entre a CRFB/1988 e o que dispõe o Código Civil de 2002 sobre o tema.

O artigo 970 do Código Civil prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. A norma atende à determinação da Constituição da República que, em seu artigo 170, IX, alinha como um dos princípios da ordem econômica e financeira do país, “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Um pouco adiante, o artigo 179 emenda: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Muito além de simples regramento jurídico, a CRFB/1988 elencou o tratamento favorecido das empresas de pequeno porte à condição de princípio geral da atividade econômica, *ex vi* do art. 170, IX: “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995). Nesse espírito, qualquer cidadão pode criar seu micronegócio de forma a incentivar o crescimento econômico familiar (fundamento republicano da livre iniciativa) (SPÍNOLA, 2003).

Já o art. 179 esmiúça o princípio apontado anteriormente ao repartir entre todos os entes federados a responsabilidade de dispensar o tratamento jurídico diferenciado por meio de concessão de incentivos (SPÍNOLA, 2003). O dispositivo atende ainda ao princípio da isonomia material ao reconhecer que os pequenos negócios enfrentam maiores dificuldades de se constituírem e se manterem no mercado à vista do reduzido poder econômico de que dispõem. Assim, verifica-se que a lei tem o escopo de estimular tais empresas, criando condições para o seu desenvolvimento em potencial de igualdade de oportunidades frente a organizações de grande porte.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC n. 123/2006) lista os benefícios que o Estado poderá endereçar a essas empresas. Em resumo, esses benefícios dizem respeito ao recolhimento dos impostos e das contribuições, mediante

regime único de arrecadação; ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias; ao acesso a crédito do mercado, inclusive quanto à preferência dada pelos Poderes Públicos nos processos de licitação e contratações.

O principal tratamento diferenciado que as MEs e as EPPs possuem é a possibilidade de recolhimento tributário de forma simplificada. O Simples Nacional é um regime de arrecadação de tributos destinado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Esse regime é corolário do princípio constitucional do tratamento favorável aos pequenos negócios, como explica Mamede (2015b, p.116):

Ao enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte correspondem vantagens, seguindo a determinação anotada nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição da República. Essas vantagens apuram-se nas mais diversas áreas do Direito. No plano do Direito Tributário, o Estatuto Nacional de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte institui um Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, ao qual atribuiu o codinome Simples Nacional.

Previsto nos arts. 12 e seguintes do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, o tratamento tributário diferenciado do Simples Nacional abrange a participação de todos os entes federados em um regime de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos que consolida, em um único recolhimento mensal, diversos tributos, como o IRPJ - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, o ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, ISS - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, CPP - Contribuição Patronal Previdenciária, contribuição para o PIS/PASEP, (art. 13) (REQUIÃO, 2012, p. 98-100). Além disso, o § 3º determina a dispensa do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social (REQUIÃO, 2012, p. 98-100).

O cálculo do valor devido mensalmente é feito por meio da aplicação, sobre a receita bruta mensal, das alíquotas constantes das tabelas dos anexos I a VI da referida lei, de acordo com o tipo de atividade (REQUIÃO, 2012, p. 98-100).

O empresário optante do Simples Nacional faz o pagamento

dos tributos por meio do chamado DAS, Documento de Arrecadação do Simples Nacional, e que reúne em um único pagamento todos os encargos a que é obrigado. A criação do documento representou um grande avanço empresarial, visto que, antes do regime simplificado, os pequenos negócios enfrentavam os mesmos ônus burocráticos na manutenção de seus empreendimentos que as empresas de médio e grande porte, o que se materializava em um grande óbice para sua sobrevivência.

O critério legal de acessibilidade ao regime é o mesmo para a definição do que seja ME e EPP, isto é, a receita bruta anual. Para fins do Simples Nacional, deve-se considerar receita bruta “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia”, excluindo-se daí as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (art. 3º, § 1º, da LC n. 123/2006). Dito isso, vale relembrar brevemente o que a lei considera ME e EPP: são microempresas a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 Código Civil, cuja receita bruta anual seja igual ou inferior a R\$ 360.000,00; já as empresas de pequeno porte são aquelas entidades que auferam receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.

Nessa esteira, verifica-se que é verdadeira a afirmação de que todos os optantes do Simples Nacional são ME ou EPP. A relação, contudo, não é recíproca: há ME e EPP impedidas de se beneficiarem do regime. O extenso rol de empresas não contempladas se encontra no art. 17 do referido diploma, cujo critério varia conforme a natureza da atividade empresarial, natureza jurídica dos sócios, renda bruta anual no mercado interno, regularidade no cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, entre outros.

Todos os optantes do Simples Nacional deverão, por fim, apresentar anualmente à Receita Federal declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais para fins de constituir instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nela prestadas, *ex vi* do art. 25.

### 3 TEORIA GERAL DOS RECURSOS TRABALHISTAS

Martins (2010, p. 391) leciona sobre a natureza jurídica dos recursos: “No sentido jurídico, recurso é o meio processual estabelecido para provocar o reexame de determinada decisão, visando à obtenção de sua reforma ou modificação”. E continua: “A natureza jurídica do recurso é um direito subjetivo processual que nasce no transcurso do processo quando proferida uma decisão”.

Segundo Nascimento (2013), “[...] os recursos constituem um instrumento assegurado aos interessados para que, vencidos, possam pedir aos órgãos jurisdicionais um novo pronunciamento sobre a questão decidida”.

Já nas palavras de Saraiva e Manfredini (2013, p. 437):

Recurso é a provocação do reexame de determinada decisão pela autoridade hierarquicamente superior, em regra, ou pela própria autoridade prolatora da decisão, objetivando a reforma ou modificação do julgado.

154

Compilando as definições apresentadas, é possível entender o recurso como o direito subjetivo conferido à parte sucumbente, ao terceiro interessado e ao Ministério Público, nos casos previstos em lei, de provocar o reexame de uma decisão judicial pelo órgão hierarquicamente superior (em regra) objetivando obter sua anulação ou reforma total ou parcial.

#### 3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

Não há, no Direito Processual do Trabalho, consenso doutrinário a respeito da classificação dos princípios que servem de fundamento para o sistema dos recursos trabalhistas. Por essa razão, recorre-se comumente aos princípios gerais estabelecidos pela doutrina processual civil, amparando-se na previsão legal de que o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho nos casos omissos e desde que não contrarie as normas da CLT (art. 769).

Sobre a natureza subsidiária das normas processuais civis em seara trabalhista, Carrion (2013, p. 678-679) discorre:

Ao processo laboral se aplicam as normas, institutos e estudos da doutrina do processo geral (que é o processo civil), desde que: a) não esteja aqui regulado de outro modo (“casos omissos”, subsidiariamente”); b) não ofendam os princípios do processo laboral (“incompatível”); c) se adapte aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista); e a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias. Perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almejadas. Nada de novos recursos, novas formalidades inúteis e atravancadoras. (CARRION, 2013, p. 678)

Dessa forma, entende-se que os princípios recursais do Direito Processual do Trabalho não são exclusivos. É dizer, esses princípios são os mesmos do Direito Processual Civil, sem que isso afete a autonomia de cada um deles.

O princípio do duplo grau de jurisdição versa sobre a possibilidade de reexame das decisões judiciais com conteúdo decisório, em regra, por um órgão judicial hierarquicamente superior, após provocação da parte sucumbente.

Não há, contudo, consenso a respeito da previsão desse princípio na Constituição Federal de 1988, isto é, a doutrina diverge ao reconhecer ao princípio a natureza de garantia constitucional ou infraconstitucional.

Previsto já na Constituição Brasileira de 1824, o princípio do duplo grau de jurisdição careceu de expressa menção nas Constituições Federais subsequentes, inclusive na de 1988. Parte da doutrina defende que a atual Carta Política trouxe garantia genérica do princípio no art. 5º, LV, ao preconizar que aos litigantes e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LEITE, 2015, p. 866).

### 3.2 Princípio do acesso à justiça

Leite inicia o tema referenciando os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao defender que, dentro do modelo político do Estado

Democrático de Direito, “o ‘acesso à justiça pode, portanto, ser encarada como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (LEITE, 2015, p. 162-163).

O direito do acesso à justiça representa, primeiramente, uma garantia que confere ao indivíduo condições plenas de provocar o Judiciário a fim de obter solução à lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida). O Poder Judiciário insere-se no âmbito jurídico como aparelho de composição de ações pela via judicial (LEITE, 2015, p. 164).

Além disso, o acesso à justiça abarca outras garantias, como acesso a um processo justo (devido processo legal) e, também, acesso a um Poder Judiciário imparcial. Nessa esteira de entendimento, a Justiça deve primar pela igualdade entre as partes, assegurando condições de exercerem o contraditório e a ampla defesa e provendo todo o instrumental necessário para a produção do corpo probatório e o convencimento do julgador (LEITE, 2015, p. 165).

Leite (2015, p. 165-166) traz ainda outra acepção do princípio: “Acesso à Justiça significa também acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos [...]”.

O autor completa afirmando que “[...] o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania” (LEITE, 2015, 166). O fundamento jurídico do princípio encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, *in verbis*. Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; [...] (BRASIL, 1988).

Antes mesmo da CRFB/1988, a 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica de 1969, da qual o Brasil é signatário, já preconizava essa garantia, conforme seu art. 8º, *in verbis*.

#### Artigo 8º - Garantias judiciais

1 Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (PACTO, 1969)

Dessa forma, muito além de uma garantia constitucional, o acesso à justiça representa uma prerrogativa de direitos humanos, assumindo inclusive natureza de direito cogente (*jus cogens*) internacional, inderrogável pela vontade das partes.

Bulos (2014, p. 629-630) aborda o surgimento do princípio da inafastabilidade do controle judicial no Brasil:

Proveio da Carta de 1946. Sua ausência, no passado, deu lugar a que numerosas situações do homem, individualmente tomado, ficassem desamparadas de toda proteção judicial, quando contra ele se projetava o arbítrio das razões de Estado. A injustiça, defluindo da atitude de omissão dos tribunais, em presença do conflito entre certas franquias constitucionais e a chamada questão política, era, então, um fato corriqueiro. Cometiam-se atos brutais. Presidentes da República prendiam pessoas durante o estado de sítio, sem observância das formalidades do processo. Cidadãos eram desterrados para lugares inóspitos. Não raro, demitia-se alguém de uma função vitalícia sem maiores delongas.

O objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é, nesse diapasão, propagar a mensagem de que todo indivíduo, independentemente de sua etnia, convicção religiosa e política, classe social, condição financeira, etc. possui o direito universal de provocar um tribunal independente, com vistas à salvaguarda de sua liberdade patrimonial (BULOS, 2014, p. 630).

### 3.3 Pressupostos dos recursos

O processamento dos recursos trabalhistas está sujeito a determinados pressupostos ou requisitos de admissibilidade para que o recurso possa ser conhecido. Os pressupostos de admissibilidade recursal serão observados pelo juiz relator do tribunal que os aprecia (*juiz ad quem*), a fim de que possa conhecer do recurso. O novo Código de Processo Civil trouxe inovação quanto ao sistema de verificação dos pressupostos recursais, pois o CPC de 1973 determinava ainda um prévio juízo de admissibilidade a cargo do julgador da decisão atacada

(*juiz a quo*).

O juízo de admissibilidade possui natureza declaratória. É dizer, cabe ao julgador competente apenas afirmar situação preexistente, seja ela positiva ou negativa. Desse modo, quando não conhecido o recurso, a decisão produzirá efeitos *ex tunc*.

A doutrina classifica os pressupostos recursais em subjetivos (ou intrínsecos) e objetivos (ou extrínsecos).

Os pressupostos subjetivos dizem respeito à pessoa do recorrente. Apesar de ainda haver certa divergência quanto a sua classificação, são considerados requisitos subjetivos: a legitimidade para recorrer, o cabimento e o interesse recursal.

Leite (2015, p. 899) define a legitimidade recursal como “a habilitação outorgada por lei (CPC, art. 499) à pessoa natural ou jurídica que tenha participado, como parte, do processo em primeiro grau de jurisdição, ainda que revel”.

158

Possuem legitimidade para recorrer a parte sucumbente e, em alguns casos, o Ministério Público e o terceiro interessado. Em relação a esse último, é necessário que demonstre a existência de interdependência entre o seu interesse jurídico e a relação jurídica posta ao crivo do juiz. Leite (2015, p. 899) arrola as hipóteses em que os terceiros interessados podem interpor recurso:

1) o sucessor ou herdeiro (CLT, arts. 10 e 448); 2) a empresa condenada solidária ou subsidiariamente (CLT, art. 2º, § 2º; TST, Súmula 331, IV); 3) o subempreiteiro, o empreiteiro principal ou o dono da obra (CLT, art. 455); 4) os sócios de fato nas sociedades não juridicamente constituídas, além das pessoas físicas e jurídicas por força de normas de direito civil, que se vinculem à parte que figurou na demanda (CCB, art. 265); 5) os litisconsortes (CPC, art. 49) e assistentes (simples ou litisconsorciais – arts. 52 e 54 do CPC); 6) o substituto processual (CF, art. 8º, III; CPC, art. 6º; Lei n. 7.347/1985, art. 5º; CDC, arts. 81, 82, 91 e 92).

Também possui legitimidade *ad recursum* o Ministério Público do Trabalho, tanto nos processos em que figura como parte como naqueles em que oficia como custos legis, segundo o disposto no art. 83, VI, da Lei Complementar n. 75/1993.

De acordo com o art. 898 da CLT, também têm legitimidade para recorrer das decisões proferidas em dissídios coletivos que afete empresa de serviço público ou, em qualquer caso, das proferidas em revisão, além dos interessados, o Presidente do Tribunal e a Procuradoria da Justiça do Trabalho (LEITE, 2015, p. 900).

Além de legitimidade, o recorrente deve ser plenamente capaz no momento da interposição do recurso, nos termos dos arts. 3º a 5º do Código Civil.

O recurso deve ser necessário ao recorrente para o sucesso da pretensão não acolhida – ou acolhida parcialmente – pela sentença impugnada. Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 900), sobre o pressuposto do interesse recursal, discorre que “o recurso deve ser útil ao recorrente, pois, se o bem jurídico por ele perseguido for espontaneamente satisfeito pelo recorrido depois de proferida a decisão impugnada, não haverá utilidade do recurso”.

Já os pressupostos objetivos são aqueles que dizem respeito aos aspectos extrínsecos dos recursos, relacionados à situação processual. Tendo em vista a ausência de unanimidade doutrinária na classificação dos pressupostos objetivos, este trabalho seguirá o rol elaborado pelo jurista Sergio Pinto Martins, qual seja: previsão legal, adequação ou cabimento, tempestividade, preparo e representação.

Leite (2015, p. 902) explica que “somente poderá ser admitido o recurso, se inexistir, no ordenamento jurídico, óbice ao exercício do direito de recorrer”. Portanto, as partes só podem interpor os recursos que estiverem previstos em lei.

O autor cita os provimentos jurisdicionais irrecorríveis no direito processual trabalhista: as sentenças proferidas nas causas de alçada – Lei n. 5.584/70, art. 2º, § 4º; os despachos de mero expediente – CPC, art. 504 (seu equivalente no NCPC é o artigo 1.001); e as decisões interlocutórias - CLT, art. 893, § 1º, e Súmula n. 214 do TST (LEITE, 2015, p. 902). Os demais atos judiciais de carácter decisórios são, em regra, passíveis de serem impugnados pelo instrumento do recurso. Assim, caso o juízo *ad quem* verifique no juízo de admissibilidade que a decisão atacada se encontra entre os elencados, não deve admiti-lo (LEITE, 2015, p. 902).

Para cada ato judicial passível de impugnação haverá um único recurso cabível, previsto em lei de forma taxativa. Martins (2010, p. 400) cita um exemplo:

O ato a ser impugnado deve ensejar o apelo escolhido pelo recorrente. Por exemplo: da sentença da Vara cabe o recurso ordinário. Este também é cabível das decisões dos tribunais regionais, em dissídio coletivo, mandado de segurança e ação rescisória, pois são ações de competência originária dos tribunais.

Ao se mencionar o requisito recursal de cabimento, é oportuno sempre lembrar o princípio da fungibilidade recursal, isto é, a possibilidade de determinado recurso ser admitido no lugar do outro.

Leite (2015, p. 903) leciona que “O direito de recorrer deve ser exercitado no prazo legalmente fixado, razão pela qual os prazos para a interposição de recursos são peremptórios [...]”.

Na Justiça do Trabalho, o prazo para interpor recurso será de oito dias (art. 6º, Lei n. 5.584/79), salvo quando interpostos embargos de declaração, que são de cinco dias (art. 897-A, da CLT), contados da data da intimação da sentença ou do acórdão. No caso de sentença proferida em audiência, conta-se o prazo para interpor recurso da data da sua leitura (LEITE, 2015, p. 903).

O recurso interposto fora do prazo estabelecido por lei é considerado intempestivo, acarretando a preclusão do direito de recorrer para a parte inerte.

Nascimento (2013) conceitua preparo como “o pagamento das custas processuais, emolumentos e depósitos eventualmente exigidos para que o recurso possa ser admitido”.

O preparo, na Justiça do Trabalho, corresponde ao recolhimento (e a respectiva comprovação) das custas processuais e do depósito recursal, sendo pressuposto para o conhecimento de alguns recursos no processo trabalhista, diferentemente do processo civil, em que se exige apenas o pagamento das custas para fins recursais.

Na Justiça do Trabalho, as custas e os emolumentos devem ser fixados por lei federal, como prescreve o art. 790, *caput*, da CLT (incluído pela Lei n. 10.537, de 2002): “Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de

Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho” (BRASIL, 1943).

Com vistas a regular a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Instrução Normativa n. 20, de 7-11-2002, e o Ato Conjunto n. 21/TST.CSJT.GP.SG, de 7-12-2010, dispondo conjuntamente sobre o recolhimento de custas e emolumentos na Justiça do Trabalho e os procedimentos para o recolhimento.

Na CLT, a disposição sobre o pagamento das custas no caso de interposição de recurso no processo de conhecimento ficou a cargo do art. 789, *in verbis*.

Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e serão calculadas:

I - quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor;

II - quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa;

III - no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, sobre o valor da causa;

IV - quando o valor for indeterminado, sobre o que o juiz fixar.

§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

§ 2º Não sendo líquida a condenação, o juízo arbitrar-lhe-á o valor e fixará o montante das custas processuais.

§ 3º Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes.

§ 4º Nos dissídios coletivos, as partes vencidas responderão solidariamente pelo pagamento das custas, calculadas sobre o valor arbitrado na decisão, ou pelo Presidente do Tribunal. (BRASIL, 1943)

Martins (2010, p. 401) chama a atenção para um detalhe do artigo:

Inexistem vencidos no plural, segundo o § 1º do art. 789 da CLT *c/c* o § 2º do art. 832 da CLT, mas vencido, no singular. Se o reclamante teve seu pedido rejeitado totalmente, pagará as custas. Caso a ré não logre obter êxito em suas alegações, pagará integralmente as custas. Na hipótese de se acolher em parte o pedido, quem paga as custas é a empresa, que foi a vencida, ainda que em parte.

Existindo recurso, o prazo para o pagamento e comprovação das custas nos autos é simultâneo ao do recurso, ou seja, oito dias – e não mais de cinco dias a contar da interposição do recurso e mais cinco dias para a comprovação nos autos. A ausência de pagamento e comprovação nos autos ensejará a deserção. Se o recurso for julgado deserto pelo órgão *ad quem*, este não terá seguimento (MARTINS, 2010, p. 401). Ocorrerá também a deserção se houver recolhimento insuficiente das custas arbitradas na sentença recorrida, mesmo sendo valor irrisório, nos termos da OJ n. 140 da SDI-1 do TST, *in verbis*:

OJ n. 140 da SDI-1 do TST. DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS. DIFERENÇA ÍNFIMA. DESERÇÃO. OCORRÊNCIA. (nova redação, DJ 20.04.2005) Ocorre deserção do recurso pelo recolhimento insuficiente das custas e do depósito recursal, ainda que a diferença em relação ao “quantum” devido seja ínfima, referente a centavos.

O art. 790-A da CLT enumera as entidades isentas do pagamento das custas processuais:

Art. 790-A. São isentos do pagamento de custas, além dos beneficiários de justiça gratuita: (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

I - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica; (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

II - o Ministério Público do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002) (BRASIL, 1943)

Ao lado dos beneficiários da justiça gratuita (conforme Lei n. 1.060/50 combinada com o art. 14 da Lei n. 5.584/70), incluem-se ainda os contemplados pela gratuidade mediante requerimento ou de

ofício (art. 790, § 3º, da CLT). Por fim, também estão isentas das custas processuais a massa falida, por determinação da Súmula n. 86 do TST (LEITE, 2015, p. 917).

Conforme prescreve o art. 790, § 1º, da CLT, caso o empregado não tenha sido contemplado pelo benefício da isenção de custas ou justiça gratuita, o sindicato que houver intervindo no processo prestando-lhe assistência judiciária responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas (LEITE, 2015, p. 917).

O requisito necessário para que o recurso não seja considerado deserto, o depósito recursal tem previsão legal no art. 899, § 1º, da CLT combinado com o art. 7º da Lei n. 5.584/70 e o art. 8º da Lei n. 8.542/92 (que deu nova redação ao art. 40 da Lei n. 8.177/91), além das Instruções Normativas ns. 3/93 e 18/99, ambas do TST. Esse instituto tem natureza jurídica de garantir o juízo recursal (um pressuposto objetivo do recurso), exigido a cargo exclusivo do empregador, nas ações em que há condenação pecuniária para garantir a futura execução.

Nas palavras de Miessa (2015, p. 129), “O depósito recursal consiste em pressuposto recursal extrínseco destinado a garantir o sucesso de futura execução. Não tem, portanto, natureza de taxa, mas sim de garantia de execução”.

Leite (2015, p. 925) comenta sobre o art. 899 da CLT:

A interpretação lógica que se extrai dos §§ 1º a 6º do art. 899 da CLT aponta no sentido de que somente o empregador condenado em obrigação de pagar poderá ser o responsável pelo depósito recursal, uma vez que este tem por finalidade garantir, ainda que parcialmente, o juízo da execução.

Dito doutro modo, o empregado (ou trabalhador avulso) jamais será responsável pelo recolhimento do depósito recursal, ainda que seja condenado em ação ou reconvenção movida pelo empregador (ou tomador dos seus serviços), pois o depósito é feito na conta vinculada do empregado, inexistindo, ainda, previsão legal para que tal depósito seja suportado pelo trabalhador.

No mesmo sentido, Martins (2010, p. 406) defende:

Trata-se o depósito de mera antecipação da condenação, pois garantido o juízo nenhuma outra importância será depositada (§ 6º do art. 899 da CLT), ou seja: atingindo o limite previsto na

lei, nenhum outro valor deverá ser depositado, o que mostra que se trata de garantia do juízo e não de outra coisa.

Enquanto o art. 899 da CLT traz normas gerais acerca do depósito recursal, a Instrução Normativa n. 3/93 do TST regulamenta a matéria no âmbito dos tribunais trabalhistas. Dentre os procedimentos que prescreve, o referido diploma estabelece que o pagamento do depósito recursal realizar-se-á sobre o valor da condenação, observando sempre o limite do recurso interposto.

Por se tratar de um pressuposto de admissibilidade do recurso, o depósito recursal deve ser efetuado e comprovado no prazo de oito dias, ou seja, concomitante ao prazo do recurso, conforme prescreve o art. 7º da Lei n. 5.584/70: “A comprovação do depósito da condenação (CLT, art. 899, §§ 1º a 5º) terá que ser feita dentro do prazo para a interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto” (BRASIL, 1970). Além disso, o depósito deve ser realizado na conta vinculada do FGTS do empregado, existente ou aberta pela empresa em nome dele para esse fim.

164

Como ocorre no pagamento das custas processuais, o recolhimento do depósito recursal também deve ser integral, de modo que, havendo pagamento inferior ao devido, mesmo que em valores irrisórios, ocorrerá a deserção do recurso, nos termos da OJ n. 140 da SDI-I do TST, já mencionado oportunamente neste trabalho.

Os depósitos terão como limite o teto máximo definido por lei ou o valor da condenação. Miessa (2015, p. 130) explica cada conceito:

Teto legal: somente é invocado se o valor da condenação for superior ao valor estabelecido anualmente por ato do presidente do TST (TST-IN n° 3/93). Nesse caso, a cada recurso interposto exige-se o depósito recursal, até que se alcance o valor da condenação; valor da condenação: caso o valor da condenação seja inferior ao teto legal, o depósito recursal será no valor da condenação, não se considerando o valor do teto legal. Nesse caso, a interposição de recursos posteriores não está submetida ao depósito recursal, uma vez que futura execução já está totalmente garantida.

O autor analisa, em seguida, o procedimento do depósito:

Desse modo, depositado o valor total da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, exceto se o valor da condenação vier a ser ampliado.

Caso o valor constante do primeiro depósito, efetuado no limite legal, seja inferior ao da condenação, será devida complementação de depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação e/ou os limites legais para cada novo recurso (TST-IN 3, li, “c”).

Havendo acréscimo ou redução da condenação em grau recursal, o juízo prolator da decisão arbitrará novo valor à condenação, quer para a exigibilidade de depósito ou complementação do já depositado, para o caso de recurso subsequente, quer para liberação do valor excedente decorrente da redução da condenação. (MIESSA, 2015, p. 130-131)

A Súmula n. 161 do TST adverte que só se exige depósito recursal nos casos de sentença condenatória que imponha obrigação pecuniária ao vencido. Em outras palavras, diante de sentença condenatória de obrigação de fazer, não fazer, ou meramente declaratória, não haverá necessidade de recolhimento do depósito para interposição dos recursos trabalhistas (LEITE, 2015, p. 928).

Até a data da conclusão deste trabalho, o teto legal do depósito recursal esteve estabelecido conforme os seguintes parâmetros determinados pelo ATO.SEGJUD.GP N. 397/2015, cujos valores são de observância obrigatória desde 1º de agosto de 2015: R\$ 8.183,06, no caso de interposição de Recurso Ordinário; R\$ 16.366,10, no caso de interposição de Recurso de Revista, Embargos e Recurso Extraordinário; e R\$ 16.366,10, no caso de interposição de Recurso em Ação Rescisória (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2015).

Na Justiça do Trabalho, o recurso pode ser apresentado pela própria parte (*ius postulandi*) ou por advogado com procuração nos autos ou que tenha comparecido a audiência representando a parte (mandato tácito), independentemente de juntado aos autos mandato, regulamentado pelo art. 791 da CLT (LEITE, 2015, p. 905-906).

No tópico seguinte analisa-se a constitucionalidade ou não da exigência do depósito recursal na seara trabalhista quando Microempresas e Empresas de Pequeno Porte figuram no polo passivo da relação processual. Nesse âmbito, abordam-se a condição financeira

das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e a aplicabilidade da assistência judiciária gratuita ao empregador.

## **4 O DEPÓSITO RECURSAL: OBSTÁCULO À AMPLA DEFESA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

### **4.1. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e sua condição financeira**

As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte possuem inestimável importância econômica nacional. Elas respondem por parte significativa da geração de empregos no Brasil e, segundo estudos de 2011, representaram, respectivamente, cerca de 98% e 99% do total de empresas formalizadas (SEBRAE, 2014).

Na seara trabalhista, essas entidades enfrentam especial dificuldade no pagamento do depósito recursal. Os valores estabelecidos pelo ATO.SEGJUD.GP N. 397/2015 chamam a atenção por serem consideravelmente elevados e, por isso, não é difícil de imaginar que possam se configurar em um impeditivo ao direito de recorrer para as ME e EPP, haja vista a modesta faixa de faturamento bruto em que operam (relembrando: as MEs obtêm faturamento bruto anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00; já as EPPs são pessoas jurídicas com um faturamento bruto anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00).

Essas empresas merecem amplo tratamento diferenciado, conforme preconizam os arts. 170, IX, e 179 da CRFB/1988, dada a importância e a fragilidade dos pequenos negócios. No entanto, ao menos no âmbito processual trabalhista, isso não acontece. É indubitável que o porte financeiro das pequenas pessoas jurídicas não consegue competir com a capacidade financeira dos grandes negócios. A obrigatoriedade do depósito recursal se materializa, nesses casos, como um modo de cercear a defesa do empregador e acaba por caracterizar grave violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Vale lembrar mais uma vez que o duplo grau de jurisdição é garantia processual do acesso à justiça, disposto no art. 5º, LV, da CRFB/1988, que assegurou

a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (ROXO; ALMEIDA, 2013).

Nessa esteira de entendimento, os autores Roxo e Almeida (2013) reforçam: “Ora, a existência do duplo grau de jurisdição esta intimamente ligada à efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando que a parte possui a garantia de levar a sua lide a julgamento pelo órgão *ad quem*”.

Já nas palavras de Lima e Silva (2009):

Esta exigência de depósito, nos recursos apresentados por réus em processos trabalhistas não só é flagrantemente inconstitucional, ao ferir o direito de defesa, o direito de recorrer e o direito à obtenção de um pronunciamento de um segundo grau (duplo grau de jurisdição). É também flagrantemente injusta, inviabilizando o direito de recorrer dos médios e pequenos empresários, dos reclamados pessoas físicas, dos réus empregadores domésticos, das empresas equivocadamente apresentadas como reclamadas ou ligadas às reclamadas. Impor um tratamento desigual a fim de se garantir uma possível igualdade, é partir de uma visão errônea de que todo aquele que é vencido, num primeiro momento, visa apenas burlar a legislação ou prejudicar o vencedor.

Essa situação revela uma realidade reprovável: empregadores de pequeno porte, diante desse flagrante tolhimento do direito de recorrer, uma vez que não dispõem do montante exigido a título de depósito recursal, deixam escoar em branco o prazo apelatório. Como consequência, tais empresas acabam se sujeitando a execuções trabalhistas injustas, apoiadas – não raro – em sentenças teratológicas (que contrariam à lógica, ao bom senso e às relações interpessoais), forçando-as ao termo de seus empreendimentos.

A inconstitucionalidade do depósito recursal trabalhista defendida nos parágrafos anteriores pode ser facilmente resumida por meio do seguinte exercício lógico: havendo no ordenamento jurídico o instrumento recursal como um dos meios inerentes ao direito ao contraditório e à ampla defesa (conforme consta do art. 5º, LV, da CRFB/1988), qualquer cerceamento a esse instrumento de defesa representa afronta ao próprio princípio da ampla defesa e, por conseguinte, afronta à Constituição (ROXO; ALMEIDA, 2013).

## 4.2 Aplicabilidade da assistência judiciária gratuita ao empregador

O direito pátrio dispensa tratamento favorável àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com despesas processuais sem o comprometimento do próprio sustento e de sua família (ROXO; ALMEIDA, 2013). A esses litigantes garante-se a assistência judiciária gratuita, conforme prevê o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988). Esse dispositivo, até a promulgação do novo Código de Processo Civil, era regulado pela Lei n. 1.060/50, em especial, ao que constava do art. 3º, VII:

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

[...]

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, 1950)

168

Contudo, esse regramento infraconstitucional foi revogado com o novo CPC, *ex vi* do art. 1.072, III: “Art. 1.072. Revogam-se: (...) III - os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950”. Dellore (2015), analisando o novo diploma processual, explica o que dispõe os novos ditames sobre a assistência judiciária gratuita trazida pelo art. 98 do NCPC/2015:

O § 1º do art. 98 tem nove incisos, que enfrentam as principais despesas e custas envolvidas em processo judicial. Tanto de situações que sempre estiveram incluídas no conceito de justiça gratuita (como custas), passando por temas polêmicos (perícia e despesas com cartórios extrajudiciais) até novidades (“outros exames”, além do DNA).

Em síntese, estão abrangidas pela gratuidade, não sendo o caso de pagamento por quem é beneficiário da justiça gratuita:

I – custas judiciais;

II – despesas com correio;

III – despesas com publicação na imprensa oficial (dispensada a publicação em outros meios de comunicação);

IV – indenização devida à testemunha (dia de trabalho da testemunha, que se ausenta para ir à audiência);

V – custo do exame de DNA (já previsto na lei) e de “outros exames considerados essenciais” (novidade – que poderá ser realizado por hospital público, nos termos do art. 95, § 3º);

VI – honorários de advogado, perito, intérprete ou tradutor;

VII – custo com a elaboração de memória de cálculo, quando necessário para a fase satisfativa;

**VIII – depósitos devidos “para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório” (dispositivo que acaba sendo residual, para afastar a necessidade de pagamento de e não incluída nos incisos anteriores).**

IX – emolumentos devidos a cartórios extrajudiciais (notários ou registradores) para atos cartoriais necessários à efetivação de decisão judicial. (grifou-se)

Como destacado na citação anteriormente, o NCPC determina a assistência judiciária gratuita dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório, em acordo com a Lei n. 1.060/50.

O inciso VII do art. 3º da Lei n. 1.060/1950, hoje revogado, instituiu a incidência da assistência judiciária gratuita ao depósito recursal – e não somente às custas processuais. Na contramão, a Justiça de Trabalho optou por não acolher esse dispositivo sob a justificativa de que o depósito não possui natureza jurídica de taxa, e sim de garantia do juízo da execução de uma verba alimentar. Dessa forma, na seara trabalhista a assistência atinge tão somente as custas processuais (ROXO; ALMEIDA, 2013). Esse é o entendimento consolidado dos tribunais, e inclusive no próprio TST, como se vê, a título de exemplo, no seguinte recurso de revista:

EMENTA: DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVAÇÃO DE DEPÓSITO RECURSAL. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO ABRANGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL. NÃO APLICAÇÃO DO TEOR DO ART. 3º, INCISO VII, DA LEI Nº 1.060/50, COM ALTERAÇÃO DA LC Nº 132/2009, AO PROCESSO DO TRABALHO. Prevê a Súmula nº 128, item I, desta Corte que: “é ônus da parte

recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso”. Não tendo a parte efetuado o depósito legal referente ao recurso de revista nem realizado a complementação do depósito a fim de atingir o valor da condenação, o recurso encontra-se deserto. **Por outro lado, a concessão de assistência judiciária gratuita - requerida pela reclamada, na hipótese -, no âmbito do processo do trabalho, não implica a dispensa de que seja efetuado o depósito recursal, dada a sua natureza de garantia do juízo da execução.** Nesse sentido é o entendimento prevaletente desta Corte. Esclareça-se, por oportuno, que não se aplica o disposto no inciso VII do art. 3º da Lei nº 1.060/50, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 132/2009, ao processo trabalhista. (...)

TST - RR: 15867120125040016, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 23/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015. (grifou-se)

Fazem-se oportunas as palavras de Lima e Silva (2009):

As injustiças gritantes decorrentes dessa flagrante inconstitucionalidade (exigência de depósito recursal) precisam ser corrigidas para que não se multiplique infinitamente o imenso número dos injustiçados e para que sejam preservadas a ordem jurídica, a vida econômica e a paz social no nosso país.

Reafirma-se, por fim, a inconstitucionalidade desse entendimento, haja vista existir lei que impõe expressamente a incidência da gratuidade nos casos do depósito recursal, cuja interpretação deve se apoiar nos ditames constitucionais. Logo, qualquer interpretação contrária – exigência irrestrita do recolhimento do depósito – fere a ampla defesa, o contraditório e o acesso ao judiciário (ROXO; ALMEIDA, 2013).

O raciocínio final sugere que a exigência do depósito recursal mitiga sobremaneira o direito do pequeno empregador ao reexame da sentença condenatória e, por conseguinte, configura-se em um obstáculo a sua ampla defesa no âmbito da jurisdição trabalhista exposto nas considerações finais.

### 4.3 Inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal

O depósito recursal é um dos pressupostos objetivos de admissibilidade recursal na Justiça do Trabalho e visa conferir efetividade ao processo, uma vez que possui o condão de evitar a interposição de recursos protelatórios pela parte vencida. O legislador, ao criar o instituto, procurou proteger as verbas litigiosas, em face de seu caráter essencialmente alimentar, afastando a figura do empregador que postergue indefinidamente a eficácia das sentenças judiciais trabalhistas. Leite (2015, p. 924) aponta o viés garantista do instrumento: “[...] o depósito recursal constitui mera garantia do juízo, evitando, assim, a interposição temerária ou procrastinatória de recursos”.

Houve grande celeuma doutrinária a respeito da constitucionalidade do depósito recursal com o advento da Constituição Federal de 1988. Parte da doutrina pugna pela sua inconstitucionalidade, afirmando que esse instituto representaria afronta ao direito fundamental da ampla defesa e do contraditório, conforme o art. 5º, inc. LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Os juristas Roxo e Almeida (2013) pontuam que o princípio da ampla defesa “não envolve apenas o direito da parte de se defender no processo, mas, também, o direito de utilizar de todos os meios admitidos em direito para demonstrar a veracidade de suas alegações”.

O depósito recursal, nessa esteira de entendimento, tolhe o direito do recorrente ao reexame da sentença condenatória e, por conseguinte, acaba se portando como um obstáculo ao acesso à justiça.

Uma prestação jurisdicional realmente efetiva deve se pautar no amplo exame das pretensões pelo Poder Judiciário e no cumprimento das garantias inerentes ao processo legal, como o duplo grau de jurisdição e o direito à ampla defesa.

O acesso à justiça não se restringe a uma concepção meramente formal, ou seja, possibilidade de se acionar o Judiciário. Esse direito, concebido substancialmente, deve ser entendido como acesso à ordem

jurídica justa garantida pelo Estado por meio de medidas que promovam a pacificação social. A Justiça do Trabalho apoia-se na facilitação do acesso ao Poder Judiciário, em especial, ante o caráter hipossuficiente do empregado.

Quanto aos recursos processuais, não é raro observar, na prática forense, a indevida utilização desses instrumentos jurídicos como meio propositadamente protelatório. Essa conduta onera sobremaneira a Justiça, o que contribui para o aumento do número de decisões mal formuladas e atrasadas. Essa realidade ganha especial contorno na Justiça do Trabalho, em que as verbas litigiosas possuem normalmente caráter alimentar e cuja morosidade pode ser incomensuravelmente danosa.

Ainda nas palavras de Roxo e Almeida (2013):

Não cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer princípios ou metas que sejam capazes de ofender o texto constitucional. A morosidade do poder judiciário não pode ser resolvida através de ofensas ao princípio da ampla defesa e do contraditório, ao revés, deve-se buscar a efetividade dos princípios na maior medida possível.

E concluem da seguinte forma:

O recurso é um dos meios processuais hábeis para demonstrar a veracidade das alegações, tanto contra o argumento da outra parte, quanto com relação ao argumento do prolator da decisão. (ROXO; ALMEIDA, 2013)

Assim, em clara afronta ao princípio da ampla defesa, é patente a inconstitucionalidade da exigência irrestrita do depósito recursal como requisito de admissibilidade. Condicionar o acesso ao duplo grau de jurisdição significa mitigar uma das mais importantes garantias integrantes da tutela constitucional do processo e, por conseguinte, afrouxar o acesso à justiça em sentido amplo (ROXO; ALMEIDA, 2013).

Além disso, o princípio da celeridade processual trabalhista, que fundamenta a necessidade do depósito, não pode ser encarado de forma absoluta. Ele não pode se sobrepor a outros princípios e garantias constitucionalmente garantidos, o que representaria ameaça à segurança jurídica.

Nesse diapasão, a inconstitucionalidade do depósito recursal

como instrumento de celeridade processual resta evidente, pois afronta a garantia à ampla defesa, uma vez que condiciona o exercício do direito recursal ao recolhimento do valor suficiente para garantir o juízo. A exigência do depósito recursal pode representar, no caso concreto, um óbice ao próprio apelo, prejudicando particularmente o empregador que, em situação financeira delicada, se sinta inconformado com a decisão de 1º grau e pretenda provocar o órgão *ad quem* para reformar a sentença (ROXO; ALMEIDA, 2013).

## 5 CONCLUSÃO

Após a análise minuciosa do tema e o levantamento dos argumentos jurídicos ora apresentados, é forçoso concluir que a cobrança integral e incondicionada do depósito recursal das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte representa uma afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça. Essa conclusão extrai-se do raciocínio seguinte.

A ampla defesa e o contraditório representam dogma fundamental para o sistema processual, seja comum ou especializado, pois possibilitam a igualdade entre as partes. Derivam do princípio do devido processo legal, que pugna pela oportunidade de utilização de todos os meios de defesa admitidos em Direito. Ele se manifesta, dentro do regramento jurídico probatório, por exemplo, na possibilidade que as partes têm de requerer ao juiz a produção de provas e, também, de participarem de sua realização ou, ainda, de se manifestarem sobre seu resultado.

O duplo grau de jurisdição trata sobre a possibilidade de a parte recorrer a uma instância superior, quando a decisão lhe for adversa. É um princípio de ordem pública que preconiza que toda causa é passível de reexame por outra instância (órgão *ad quem*), desde que preenchidos os requisitos legalmente exigidos. O instituto da recursividade fundamenta-se em fatores como a falibilidade do juiz (que evidentemente não está imune a falhas), o inconformismo da parte sucumbida e, em certa medida, a preocupação dos legisladores de evitar a existência de autoritarismo por parte dos membros da magistratura.

Por fim, o direito do acesso à justiça representa, primeiramente, uma garantia que confere ao indivíduo condições plenas de provocar o Judiciário a fim de obter solução à lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida). O Poder Judiciário insere-se no âmbito jurídico como aparelho de composição de ações pela via judicial. Além disso, o acesso à justiça abarca outras garantias, como acesso a um processo justo (devido processo legal) e, também, acesso a um Poder Judiciário imparcial. O princípio do acesso à justiça, em sua acepção substancial, garante que o Estado disponha às partes todo o instrumentário necessário para que o Judiciário possa solucionar a lide de forma justa. Observa-se que o acesso a essa ordem jurídica justa passa necessariamente pelos princípios da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição, conforme os ditames constitucionais.

Sob o espírito do acesso à justiça e do tratamento igualitário entre as partes, o constituinte conferiu *status* de direito fundamental à assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Trata-se de um direito público subjetivo conferido a todo indivíduo que comprovar que sua situação financeira não lhe permite arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento e o de sua família. Esse direito se consubstancia em um dos principais meios de acesso à justiça.

Não é difícil de imaginar que, na seara trabalhista, as pequenas empresas enfrentam especial dificuldade no pagamento do depósito recursal. Elas não dispõem do mesmo porte de caixa dos grandes negócios para arcarem com o valor do depósito recursal trabalhista. Logo, as ME e EPP que litigam no polo passivo encontram verdadeiro obstáculo ao exercício do direito ao reexame de sentenças condenatórias e, por conseguinte, seu acesso à justiça. A exigência integral e incondicional do depósito recursal acaba por retirar um dos mais importantes direitos do sucumbente: o direito de recurso. No caso trabalhista, essa exigência onera sobremaneira o empregador que, em situação financeira delicada, se sinta inconformado com a decisão de 1º grau e pretenda provocar o órgão *ad quem* para reformar a sentença.

Apresentada a problemática, pensou-se que uma possível solução seria incluir as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no

rol dos beneficiários da assistência judiciária gratuita, não tão somente em relação às custas processuais, mas, ainda, à cobrança dos valores do depósito recursal em patamares proporcionais ao real faturamento dessas empresas. Dessa forma, o acesso pleno à justiça por parte das pequenas pessoas jurídicas não restaria prejudicado e os princípios constitucionais que regem a ordem jurídica seriam respeitados.

Com a constante evolução do direito processual, notadamente o trabalhista, espera-se que o impasse jurídico encontre em breve a melhor exegese para seu deslinde.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 10 abr. 2016

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em: 30 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)> Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.060**, de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm)> Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.584**, de 26 de junho de 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm)> Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Ato Tribunal Superior do Trabalho - TST nº 397**, de 9 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Ato-tst-397-2015.htm>> Acesso em: 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 15867120125040016**. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263984919/recurso-de-revista-rr-15867120125040016>> Acesso em: 8 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 421**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-421](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-421)> Acesso em: 5 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ nº 69**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S5\\_61.htm](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S5_61.htm)> Acesso em: 5 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 152**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S6\\_141.htm#tema152](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_141.htm#tema152)> Acesso em: 5 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ nº 412**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_401.html#TEMA412](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_401.html#TEMA412)> Acesso em: 5 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ nº 140**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_121.htm#TEMA140](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_121.htm#TEMA140)> Acesso em: 5 maio 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELLORE, Luiz. **Justiça gratuita no Novo CPC**: Lado A. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/justica-gratuita-novo-cpc-lado>> Acesso em: 10 maio 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezzer. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

176

LIMA, Alex Sandro de; SILVA, Floriano Correa Vaz. **A exigência do depósito recursal trabalhista**. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1905](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1905)> Acesso em: 8 maio 2016.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, vol. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015b.

\_\_\_\_\_. Gladston. **Manual de direito empresarial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIESSA, Elisson. **Recursos Trabalhistas**. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)\*** (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 5 maio 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1 vol. 31. ed. ver. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2012

ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa; ALMEIDA, Helbert Leopoldino de. **A Inconstitucionalidade do Depósito Recursal Trabalhista**. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=773>> Acesso em: 8 maio 2016.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de direito processual do**

**trabalho.** 10. ed. São Paulo: Método, 2013.

SEBRAE. **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira.** Julho 2014. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2016.

SPÍNOLA, André Silva. O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e à empresa de pequeno porte. **Revista Jus Navigandi.** Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3724>>. Acesso em: 29 abr. 2016.



# CIRCULAÇÃO EM TRAJES ÍNTIMOS NO AMBIENTE DE TRABALHO: O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE



*Daise Fonseca Cenci<sup>1</sup>*

*Jesse Cenci<sup>2</sup>*

**Resumo:** A circulação em trajes íntimos no ambiente de trabalho, decorrente do procedimento denominado “barreira sanitária”, vem ocasionando multiplicidade de ações judiciais em que os empregados alegam violação ao direito à intimidade e requerem o pagamento de indenização por dano moral. Diante disso, tem-se como objetivo da pesquisa verificar se a restrição ao direito à intimidade do empregado é medida socialmente legítima e se é, sob o aspecto jurídico, adequada e necessária para manutenção das medidas de saúde pública no que tange à manipulação de produtos destinados ao consumo humano. O método adotado para realizar a pesquisa é o científico-dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica, com análise dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

179

**Palavras-chave:** Barreira sanitária. Direito à intimidade. Circulação em trajes íntimos.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa os aspectos sociais, antropológicos e jurídicos da circulação com trajes íntimos no ambiente de trabalho.

A problemática sobre o tema envolve o procedimento denominado “barreira sanitária”, uma exigência do Ministério da

---

<sup>1</sup> Técnico Judiciário do TRT/SC, Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC e pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, daise.cenci@trt12.jus.br.

<sup>2</sup> Analista Judiciário do TRT/SC, pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp, jesse.cenci@trt12.jus.br.

Agricultura, mediante a Circular n. 175/2005, realizado por empresas do ramo alimentício no País.

Para o cumprimento de tal exigência, as empresas realizam a troca de uniforme em dois ambientes distintos, ocasião em que os empregados se deslocam de um local para o outro em trajes íntimos. Diante dessa situação, muitos trabalhadores têm recorrido ao Poder Judiciário pleiteando indenização por danos morais alegando ofensa à intimidade, fato que tem gerado decisões judiciais divergentes.

Destacam-se dois julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST): o acórdão do processo 12720-07.2013.5.18.0102 (DEJT 20/05/2016), identificando que não há violação à intimidade do empregado no procedimento da barreira sanitária; e o do processo 10638-03.2013.5.18.0102 (DEJT 06/05/2016), reconhecendo a lesão ensejadora de reparação mediante indenização.

Com isso, o objetivo da pesquisa foi verificar se a restrição ao direito à intimidade do empregado é medida socialmente legítima e se é, sob o aspecto jurídico, adequada e necessária para manutenção das medidas de saúde pública no que tange à manipulação de produtos destinados ao consumo humano.

Para atingir tal fim, foi realizado um estudo exploratório e descritivo, mediante revisão bibliográfica e utilização do método científico-dedutivo, abordando aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Inicialmente, foi feita uma abordagem sobre o procedimento “barreira sanitária”, conforme estabelece a Circular nº 175/2005 do Ministério da Agricultura. Na sequência, uma análise sobre o corpo, como fenômeno social e cultural, e sua manifestação no aspecto coletivo. Após, foi feita uma análise sobre os elementos fundamentais que integram o direito à intimidade, enquadrando-o no universo de figuras existentes no direito e apontando sua correlação com o objeto da pesquisa. E, ao final, ressaltou-se o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, destacando os efeitos da atuação mais ativa do Poder Judiciário, especialmente no âmbito laboral.

Verificou-se que o corpo é uma estrutura socialmente modulável, de forma que a circulação em trajes íntimos durante a troca de uniforme

pode ser assimilada pelos empregados como comportamento inofensivo à intimidade. Não obstante esta evidência, expor o corpo à vista de outrem com vestes íntimas como condição para o trabalho viola a intimidade do empregado, sendo uma medida adequada, porém desnecessária para manutenção da segurança alimentar. Ademais, a adoção de métodos, pelo empregador, que impeçam a exposição do corpo do empregado durante a troca de uniforme (como o uso de *shorts*, calças *legging* ou pijamas) deve ser obrigatória, e não mera faculdade, devendo para esse fim o Estado lançar mão de todos os instrumentos necessários para efetivação do direito fundamental à intimidade no ambiente de trabalho.

## **2 NORMA REGULADORA DE OBSERVÂNCIA PARA EXPOSIÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS AO CONSUMO. CIRCULAR Nº 175/2005 DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. BARREIRA SANITÁRIA: PROCEDIMENTO E FUNDAMENTOS**

A barreira sanitária consiste no deslocamento dos empregados da área “suja” do vestiário, local onde deixam suas vestes pessoais, até a área “limpa”, onde já despídos utilizam a indumentária fornecida pela empresa. Somente após esse procedimento podem os trabalhadores se dirigir ao local de manipulação dos alimentos. A sistemática ocorre em geral a cada grupo de empregados e é separada por sexo (MELLO FILHO; DUTRA, 2015, p. 935-936).

O Ministério da Agricultura, mediante a Circular nº 175/2005, do Departamento de Inspeção de Produto Animal, elaborou um modelo de inspeção sanitária que consiste basicamente na inspeção contínua e sistemática de todos os fatores que, de alguma forma, podem interferir na qualidade higiênica e sanitária dos produtos expostos ao consumo da população. Nesse contexto, com base na inocuidade do produto, são consideradas as seguintes categorias: matéria-prima, instalações e equipamentos, pessoal e metodologia de produção. Todas, objeto de avaliação criteriosa, contínua e sistemática durante as verificações de rotina.

Na Circular fica estabelecido que a indústria deve implantar e manter os programas de autocontrole, aplicando os procedimentos

ali definidos. Ressalta, ainda, que os modelos apresentados podem ser ajustados às particularidades de cada processo e até mesmo do próprio programa da empresa. Nessa relação consta no item 2 o tópico “vestiários, sanitários e barreiras sanitárias”, o qual prevê que esses locais sejam instalados separados das áreas de obtenção, manipulação, processamento e armazenamento dos alimentos. Sobre a barreira sanitária, destaca-se:

(...) Nos vestiários devem ser previstas áreas separadas e contínuas, mediadas por chuveiros com água quente, para recepção e guarda da roupa de passeio na primeira fase e troca de uniforme na etapa seguinte. Cada operário tem direito a um armário ou outro dispositivo de guarda de sua roupa e pertences, sem o perneio de materiais estranhos, como os alimentos. Os sapatos devem ser guardados separadamente das roupas. (...) O vestiário da área restrita, como o setor de carne cozida e congelada, exige condições especiais de segurança que aforcem a inepugnabilidade do citado setor a pessoas que não observem os requisitos necessários a esse acesso.

As barreiras, filtros ou bloqueios sanitários devem estar presentes, estrategicamente, à entrada das seções, para obrigar a higiene prévia das mãos e antebraços das pessoas que nela adentram. Normalmente essas barreiras dispõem de pias, sob a forma de calha, torneiras e lavabotas, em número compatível com o contingente de operários que entram concomitantemente no setor.

O conteúdo da Circular não descreve o modo operacional para realização da troca de uniforme. Apenas que se deve restringir o contato de roupa não estéril com a área onde há processamento dos alimentos. A fim de atender os requisitos da Circular, e como há determinação de bloqueio sanitário, a medida usual adotada pelas empresas do ramo é a troca de uniforme submetendo os empregados à circulação em trajes íntimos.

Tal prática é alvo de debate sobre a existência ou não de violação à intimidade do obreiro. Como o procedimento de assepsia para manuseio de alimentos se trata de exigência estatal, as empresas defendem que tal prática, por si, só não é vexatória, não configurando abuso do poder diretivo, pois a troca ocorre de forma respeitosa, os ambientes são separados por sexo e há ainda empresas que facultam o uso de *shorts*, calças *legging* e pijamas. Por outro lado, diversas demandas alegando violação à intimidade são ajuizadas no judiciário por esses empregados.

### **3 O CORPO COMO FENÔMENO SOCIAL E CULTURAL NA RETÓRICA DE DAVID LE BRETON**

Neste tópico, serão abordados alguns aspectos sociais e antropológicos, especificamente sobre a corporeidade humana no contexto social e cultural. Essa análise visa identificar aspectos comportamentais dos empregados que são submetidos ao procedimento da barreira sanitária e, por conseguinte, necessitam circular em trajes íntimos no ambiente de trabalho. Objetiva, também, compreender o processo de modulação da expressão corporal do indivíduo.

Estudar a dinâmica que envolve a corporeidade humana é fundamental para a elaboração desta pesquisa. Primeiro, porque ainda que o corpo seja considerado somente como estrutura orgânica, o tema está contido na problemática do presente estudo, qual seja, exposição do corpo em trajes íntimos no ambiente de trabalho; segundo, porque sua análise no contexto social e cultural traz elementos elucidativos para compreender os motivos pelos quais esses empregados submetem-se a tais situações, inclusive no que tange ao já conhecido desequilíbrio entre os atores sociais da relação de emprego. Nesse sentido, destaca-se o ensinamento de David Le Breton sobre o corpo:

(...) Do corpo nascem e se propagam as significações que fundamentam a existência individual e coletiva; ele é o eixo da relação com o mundo, o lugar e o tempo nos quais a existência toma forma através da fisionomia singular de um ator. (...) Pela corporeidade, o homem faz do mundo a extensão de sua experiência; transforma-o em tramas familiares e coerentes, disponíveis à ação e permeáveis à compreensão. (LE BRETON, 2008, p. 7 e 8).

Na obra “A sociologia do corpo”, o referido autor aborda, dentre outros aspectos, a forma como o corpo é visto dentro das mudanças econômicas e sociais de cada época. Esclarece que, quando crianças, os indivíduos possuem infinitas disposições antropológicas, cujo desenvolvimento depende da relação com outros indivíduos. Esse processo é denominado de “socialização da experiência corporal” e está relacionado à educação recebida e às identificações que levaram o indivíduo a assimilar os comportamentos de seu grupo social. Essa aprendizagem corporal da relação do indivíduo com o mundo, embora

mais intensa na infância e na adolescência, ocorre durante toda a vida, conforme as modificações sociais e culturais e os diferentes papéis que convém assumir no curso da existência (LE BRETON, 2007, p. 9).

Os primeiros dados históricos sobre a corporeidade humana remontam do século XIX, nos primeiros passos das ciências sociais. No que tange às relações de trabalho, inicialmente o homem é visto como uma expressão do meio social e cultural, de forma que o corpo é pensado não somente sob o aspecto biológico, mas também como uma forma moldada pela interação social. O corpo é considerado um fato cultural. Nesse contexto, destaque para Villermé, Buret, Marx e Engels, cujas pesquisas apontaram a miséria física e moral da classe trabalhadora, fazendo uma crítica ao modo de funcionamento social e exigindo modificações (LE BRETON, 2007, p. 16).

Em um segundo momento, o homem é considerado produto do corpo, conduzindo à legitimação do estado social da forma como esse se apresenta. Nessa linha de pesquisa a condição social é produto direto do corpo, submetendo à supremacia do biológico as diferenças sociais e culturais, de forma a naturalizar a diferença de condições. O destino do indivíduo se insere na sua conformação morfológica, justificando a “superioridade de raças”, a colonização pelos mais “evoluídos”, bem como o destino dos operários diante de alguma forma de debilidade. Determinadas características biológicas definem a posição do indivíduo no grupo social, sendo essa a que lhe é justamente devida (LE BRETON, 2007, p. 17).

Progressivamente, do aspecto morfológico das qualidades do homem à consciência de que ele constrói socialmente seu corpo, diversos estudos passaram a enfatizar a influência recíproca decorrente da vida coletiva e as relações de uns com os outros. Robert Hertz, por exemplo, abordando a preponderância do uso da mão direita nas sociedades humanas, observou que em tese a ambidestria seria uma vantagem social e cultural, inclusive muito utilizada para o exercício de certas profissões (piano, violino, cirurgia, etc.), porém o obstáculo construído pelas representações simbólicas relacionadas à mão esquerda se sobrepôs ao fisiológico. Essa predileção pela mão direita é fruto de uma estrutura antropológica, que em algumas sociedades está associada à polaridade

religiosa entre o sagrado e o profano e em outras têm o caráter moral, de forma que a esquerda representa deformação, traição; e a direita, destreza, coragem (LE BRETON, 2007, p. 20).

Outro aspecto de destaque para demonstrar a influência das interações sociais na corporeidade diz respeito às regras de civilidade, em especial aos gestos. A maneira como se comportar diante de outras pessoas é influenciada pelas regras comuns ao grupo social no qual o indivíduo está inserido, inclusive alterando comportamentos de grupos homogêneos, que se modificam a cada geração. Le Breton, ao citar Erasmos na obra “A civilidade pueril” (1530), dedicada ao príncipe de Borgonha para educar crianças, traz a noção de civilidade, esclarecendo o tema:

(...) Pouco a pouco o corpo se apaga e a civilidade, em seguida a civilização dos costumes, passa a regular os movimentos mais íntimos e os mais ínfimos da corporeidade (as maneiras à mesa, a satisfação das necessidades naturais, a flatulência, a escarrada, as relações sexuais, o pudor, as manifestações de violência, etc.). As sensibilidades modificam-se (LE BRETON, 2007, p. 21).

Como bem sugere Le Breton, “o corpo é socialmente construído”, tanto sob o aspecto coletivo quanto em relação às teorias que explicam seu funcionamento. O corpo é efeito de uma elaboração social e cultural. A partir dessa premissa, o autor apresenta basicamente dois tipos de sociedade: as mais tradicionais e comunitárias, nas quais o corpo é elemento de ligação na energia coletiva, inserindo o indivíduo no seio do grupo; e as sociedades individualistas, característica das sociedades ocidentais, nos quais o corpo representa os limites da pessoa, onde ela começa e termina (LE BRETON, 2007, p. 30).

A fácil aceitação da indumentária de profissões com prestígio social em determinado padrão e admissão de operários de uma fábrica de alimentos circulando em trajes íntimos é um fato social e cultural, fruto de uma construção simbólica que marca a sociedade moderna. Considerando o tipo de sociedade na qual o Brasil está inserido, caracterizada pelo individualismo, o corpo é visto pelo indivíduo como a representação de sua soberania diante dos demais membros do grupo. Essa percepção ocorre indistintamente, independentemente da atividade profissional do sujeito. Porém, conforme explanado, a corporeidade é

modulável, sendo então possível agrupar pessoas submetidas às mesmas condições dentro de um contexto social e alterar a percepção que elas têm sobre o próprio corpo.

O autor enfatiza que existe uma influência dos pertencimentos culturais e sociais na elaboração da relação com o corpo, mas é possível adaptar-se a outra sociedade e nela construir suas maneiras calcadas em outro modelo (LE BRETON, 2007, p. 65). Portanto, pessoas do mesmo sexo, que trabalham na mesma empresa, exercendo as mesmas funções, tendo basicamente a mesma remuneração, inseridas no mesmo segmento socioeconômico, representam um grupo com características comuns entre si. Essa homogeneidade permite modular a aceitação dessas pessoas para circularem em trajes íntimos, justificando, inclusive, o fato de muitos trabalhadores atuarem anos na empresa executando diuturnamente o procedimento da barreira sanitária. Os estudos da sociologia apontam que o comum seria exatamente haver a naturalização desse comportamento pelo grupo.

186

Diferentemente seria se, por exemplo, uma pessoa distinta do grupo realizasse o mesmo procedimento. Imagine um magistrado realizando uma inspeção judicial no local onde ocorre a troca de uniforme e, conseqüentemente, realizando juntamente com os empregados a circulação em trajes íntimos. Ainda que estivessem os empregados usando *shorts* ou pijamas, o senso comum permite inferir que, se não constrangedora, haveria ao menos um estranhamento geral. Isso porque naquele instante haveria necessidade de adaptação a um novo ator social inserido no grupo.

Tal análise hipotética é útil para compreender que é possível que não haja incômodo, dissabor ou mesmo constrangimento na realização do procedimento barreira sanitária. Essa análise também ajuda a superar o argumento da hipossuficiência econômica do trabalhador como justificativa exclusiva para submissão desses empregados ao procedimento.

## **4 O ESTADO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **4.1 Circulação em trajes íntimos no ambiente de trabalho: mitigação do direito fundamental à intimidade**

O conceito de intimidade é alvo de vários debates, representando um desafio aos estudiosos da área, pois diante da proximidade com outros institutos igualmente tutelados pelo Direito ora se apresentam como sinônimos, ora como parte integrante um do outro. No geral, diz-se que a intimidade é um direito fundamental, integrante dos direitos de personalidade, cujo núcleo essencial é a dignidade da pessoa humana. Embora faça parte desse núcleo essencial, é sabido que o direito à intimidade não é absoluto, podendo sofrer limitações no ambiente de trabalho, inclusive.

Hainzenreder Júnior (2009, p. 44) aponta que a dignidade da pessoa humana é fundamento básico do Estado democrático de direito, sendo a intimidade e a vida privada os direitos de personalidade mais importantes na tutela da pessoa humana. Segundo Vieira (2007, p. 83-87), tais direitos têm um caráter negativo, podendo seu titular exigir do Estado e demais particulares uma abstenção de intervenção em sua esfera jurídica; e também positivo, que exige do poder público uma garantia à não intromissão de terceiros na intimidade e na vida privada.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos apenas como regra, resultado de um sistema jurídico fechado e vinculado ou positivismo ou legalismo; ou ter uma acepção mais ampla, integrando um sistema aberto e vinculado ao constitucionalismo. Esse sistema aberto, defendido por Alexy e Dworkin, compõe-se tanto de regras como de princípios. Não se apoia somente em regras, pois apresentaria o sistema tantas lacunas que seria inapto para resolver os problemas concretos; por outro lado, não é composto somente de princípios, pois seria extremamente indeterminado, abalando a segurança jurídica (VIEIRA, 2007, p. 56 a 59).

A Carta Constitucional brasileira possui direitos fundamentais que se apresentam tanto como regra, aplicável pelo mecanismo de subsunção, quanto como princípio, aplicável pelo mecanismo da

ponderação. O direito à privacidade do domicílio (art. 5º, XI, CRFB/88), por exemplo, diante da alta densidade normativa e aplicação imediata, mais se parece com regras, todavia permite aplicação principiológica para estender sua proteção a outras espécies de domicílios, ampliando o conceito de “casa” (VIEIRA, 2007, p. 63).

No inciso X do art. 5º da CRFB/88, tem-se que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Esse dispositivo aproxima-se da concepção de norma-princípio, pois, não obstante a possibilidade de aplicação direta quanto à parte final que prevê a indenização, possui elevado grau de abstração e generalidade (VIEIRA, 2007, p. 63), o que favorece o dissenso doutrinário sobre a relação entre os institutos intimidade, vida privada, honra e imagem.

Citando a doutrina alemã, Hainzenreder Júnior (2009, p. 49) aborda a privacidade, a intimidade e a vida privada em um sistema de círculos concêntricos, no qual à medida que o conteúdo dos fatos se torna mais íntimo, uma esfera da privacidade permite menor grau de interferência, recebendo, portanto, maior nível de proteção. Nesse contexto, a vida privada compreenderia a esfera maior, contemplando os fatos que o indivíduo não deseja que se tornem públicos; dentro desse círculo estaria a esfera íntima ou confidencial, cujos fatos são de conhecimento somente das pessoas que gozam da confiança do indivíduo; e, por fim, no centro ter-se-ia a esfera secreta, onde estariam os assuntos revelados a poucas pessoas ou a ninguém.

Alice Monteiro de Barros (2009, p. 35-38), citando Pontes de Miranda, defende que o direito à intimidade objetiva resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos sentidos de outrem. A autora destaca que seu fundamento é “o direito à liberdade de fazer ou de não fazer”, de não ser levado a conhecimento de terceiros certos aspectos pessoais. Esclarece que, diferente do direito à intimidade, o direito à privacidade tem uma dimensão maior, de forma que compreende todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

A honra e a imagem são também direitos muito próximos da intimidade, cujas distinções são bastante sutis. Arion Sayão Romita (2015, p. 1073-1077) descreve que a honra possui duas vertentes: a

subjetiva, que traduz o conceito que o indivíduo tem de si; e a objetiva, que é a consideração social com que a pessoa é tratada no meio em que atua. A imagem também apresenta dois aspectos: como atributo da personalidade, que se aproxima da honra subjetiva, traduz o conceito genérico que é apresentado às outras pessoas; e como retrato, que diz respeito às manifestações exteriores da personalidade, tais como voz, fisionomia, gestos. Embora próximos, os institutos não se confundem, sendo possível que, ao violar a imagem de uma pessoa, seja atingida sua honra subjetiva, porém sem ferir o aspecto objetivo da honra (reputação) e mantendo incólume sua intimidade.

Para José Afonso da Silva (2003, p. 205-209), o direito à privacidade deve ser considerado em sentido amplo, de forma a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade do indivíduo. A esfera de inviolabilidade, portanto, abrange o modo de vida doméstico, fatos, hábitos, pensamentos, segredos, bem como planos futuros do indivíduo. Nesse contexto insere-se a intimidade, que é a esfera secreta da vida do indivíduo, seu modo de ser fora do conhecimento por outrem. O autor aponta as seguintes distinções: a vida privada é o direito de o indivíduo viver sua própria vida; a honra, o direito de resguardar sua reputação; e a imagem consiste na tutela do aspecto físico, refletindo também a personalidade moral do indivíduo.

Verifica-se que a intimidade representa os aspectos da vida íntima da pessoa, constituindo um direito individual tutelado pela Carta Constitucional (art. 5º, X, CF/88). Leciona Alice Monteiro de Barros (2009, p. 38) que sua natureza jurídica é a de um direito fundamental de defesa, inerente à própria pessoa humana, cujo objetivo é excluir do conhecimento de outrem aquilo que só à pessoa diz respeito. Arion Sayão Romita (2009, p. 264) esclarece, ainda, que se trata de um direito que abrange a dimensão antropológica, física, psíquica, moral, mental e ética.

Exigir de uma pessoa que se desloque dentro do ambiente de trabalho, em trajes íntimos, a vista dos outros, como condição para o labor, é uma restrição ao direito à intimidade, pois o empregado para realizar a troca de uniforme se vê obrigado a revelar o corpo resguardado por debaixo da roupa que o encobre. Embora haja alegação de imposição do procedimento pela Circular n. 175/2005, vimos que em verdade

a determinação é para realização da barreira sanitária, não dispondo a Circular quanto ao modo operacional de sua realização. Ainda que assim o fizesse, medidas emanadas pelo próprio Estado estão sujeitas a controle, especialmente quando atingirem a dignidade da pessoa humana, sujeitando-se também à análise da ponderação e da vedação ao retrocesso social.

Trata-se, no caso em apreço, de redução/dificuldade do pleno exercício do direito à intimidade, decorrente do poder diretivo do empregador para comandar a atividade empresarial. O jurista Maurício Godinho Delgado (2007, p. 630-631) conceitua o poder empregatício como “o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego”. Aponta que constitui um dos mais importantes efeitos do contrato de trabalho, conferindo influência no âmbito da própria sociedade. Os limites a esse poder, embora não definidos explicitamente, esbarram nos próprios princípios e regras constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana.

190

#### **4.2 Elementos motivadores para intervenção do Estado na garantia de direitos fundamentais**

O tema sobre a troca de uniforme e a barreira sanitária envolve questões complexas, que vão desde a percepção do indivíduo acerca do próprio corpo e sua relação com o coletivo, bem como as peculiaridades que envolvem o contrato de trabalho, restrição de direitos, inclusive. Ademais, mesmo sendo admitida essa restrição de direitos fundamentais, as medidas devem se dar de forma menos agressiva possível, especialmente quando se tratar de aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana, pois essa é fundamento basilar do próprio Estado Democrático de Direito, constituindo limite à própria atuação estatal.

Souto Maior (2011, p. 66) esclarece que, no atual sistema de produção, o trabalho é visto como mercadoria, desvinculando-se daquele que o exerce, pois a própria liberdade em vender a força de trabalho também elimina o poder de escolha do empregado, visto que quem dirige sua força de trabalho é aquele que ao mesmo tempo ostenta o poder de explorá-lo. Sobre o tema, destaca Sergio Pinto Martins (2013, p. 03-12)

que não raro empregados se submetem a situações constrangedoras no trabalho, sobretudo porque necessário à própria subsistência. Acrescenta que a necessidade de intervenção estatal surgiu desse desequilíbrio nas relações de trabalho, cujo objetivo precípua é promover ações de proteção jurídica e econômica ao trabalhador.

No que tange à estrutura do Estado, salienta-se que carece ele de vontade real e própria, de forma que se manifesta por seus órgãos, que, por sua vez, expressam vontades exclusivamente humanas. Porém, está presente o poder político (poder estatal), que, conforme leciona José Afonso da Silva (2006, p. 106-109), é a capacidade de “coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar”. Nesse contexto as funções executiva, legislativa e jurisdicional são manifestações de vontade do Estado mediante a atividade humana (SILVA, 2006, p. 108).

As medidas protetivas adotadas pelo Estado para promoção de um meio ambiente de trabalho saudável incluem cerceamento de direitos ou proibição de atividades. Procura-se, assim, proteger o obreiro da ação abusiva de outros cidadãos, da própria Administração e até do indivíduo contra si. Tais medidas são semelhantes àquelas que obrigam motociclistas e condutores de veículos a usar capacetes e cinto de segurança, protegendo-os contra a sua própria imprudência (BARBOSA, [s.d.]).

Quanto aos direitos fundamentais, a posição do Estado em face dos direitos fundamentais tem dupla perspectiva: uma relacionada aos direitos de defesa e outra às garantias para proteção pelo Estado. No primeiro caso, o Estado tem o dever de respeitar os direitos do indivíduo contra o próprio Estado; no segundo, exige que seja protegido contra agressões de terceiros. Assim, o Estado atua como instrumento a serviço da proteção dos direitos derivados da dignidade da pessoa humana, razão pela qual qualquer ofensa a essa agride o próprio fundamento do Estado (ROMITA, 2009, p. 54). Exemplo de atuação legislativa do Estado nesse sentido é a Lei nº 9.799, de 26-5-1999, que inseriu o art. 373-A na CLT, no qual consta no inciso VI vedação à revista íntima de trabalhadoras no contexto empresarial.

Diante da busca pela efetivação dos direitos fundamentais,

tem-se evidenciado uma atuação mais ativa do Poder Judiciário. Nesse particular, existe uma discussão entre judicialização e ativismo. Segundo Lênio Streck (2013, p. 119-184), o ativismo judicial não faz bem à democracia, pois nesses casos as decisões judiciais se assentam em argumentos políticos, criando direitos. Já a judicialização decorre das mais variadas demandas levadas ao Judiciário por “(in)competência de poderes e instituições”, nas quais são reconhecidos direitos a partir de argumentos princípios, de argumentos constitucionais. Há, ainda, autores que defendem o ativismo judicial, alegando ser o meio mais eficaz na garantia dos direitos constitucionalmente consagrados (LEMOS; LEAL, 2013, p. 641-61).

Chaim Perelman (1998, p. 185-187 e 191-192) destaca que os princípios gerais do direito permitem estender, limitar e relativizar o alcance das disposições legislativas, sendo “o papel específico dos juízes é dizer o direito, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito, podendo para este fim completar a lei, reinterpretá-la e torná-la mais flexível”. O autor sustenta, ainda, que são as técnicas argumentativas utilizadas pelos juízes que tornam as decisões judiciais aceitáveis. Assim, é possível que, atreladas a razões de bom senso, equidade ou interesse geral, uma solução apresenta-se a única admissível e, portanto, suficientemente válida.

Após as considerações apresentadas, resta identificar a relação da intimidade com a circulação em trajes íntimos no ambiente de trabalho e se a medida é juridicamente aceitável. Institivamente, a empatia surge como método preferível para solucionar a questão em estudo. Fixa-se a seguinte premissa: se o intérprete ao analisar o caso concreto sente violada sua intimidade, então o direito à intimidade foi atingido; se a situação lhe é indiferente, não houve agressão a qualquer bem jurídico. Trata-se de uma análise equivocada: primeiro, porque, conforme se verá adiante, é possível haver restrição de um direito fundamental; segundo, porque as percepções pessoais do intérprete são irrelevantes na análise de institutos afeitos à dignidade da pessoa humana.

Ademais, conforme leciona Lênio Streck (2013, p. 184), ao analisar a discricionariedade judicial nos tribunais brasileiros, o direito se apresenta como um conceito interpretativo, aquilo que é emanado das

instituições jurídicas. As questões a ele relativas encontram respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes de gênese constitucional, e não, ressalta o autor, na vontade individual do aplicador.

Algumas teses levadas a Juízo defendem que na admissão o empregado é advertido da forma que ocorre a troca de uniforme na empresa: circulação em trajes íntimos em grupo de empregados separados por sexo. Por vezes, esclarece-se que tal prática decorre de uma exigência sanitária para o manuseio de alimentos destinados ao consumo humano. Ainda assim, pela própria natureza dinâmica do contrato de trabalho, algumas empresas passaram a permitir o uso de *shorts*, calças *legging* ou pijamas pelos empregados durante a troca de uniforme, situação que impediria que houvesse visualização uns dos outros em trajes íntimos.

Admitir que os empregados realizem o procedimento da barreira sanitária sem a necessidade de ficar em trajes íntimos, ainda que haja prova de consentimento prévio para que assim procedessem, permite afastar o formalmente pactuado nesse particular e, conseqüentemente, aderir nova prática ao contrato originário. É o que Américo Plá Rodríguez denomina de “interpretação racional da vontade das partes”. Ao discorrer sobre o tema o autor esclarece que:

em matéria de contratos consensuais, a modificação que na prática se venha operando na forma do cumprimento de um contrato revela uma forma de expressão de consentimento tácito, para modificar o conteúdo do pacto primitivo (RODRIGUEZ, 2015, p. 362).

Essa faculdade de o empregador permitir ou não que o trabalhador utilize vestes sobre o traje íntimo decorre diretamente de seu poder diretivo. Esse poder tem amparo constitucional na livre iniciativa (art. 1º, IV, segunda parte, CRFB/88) e no direito à propriedade (art. 5º, XXII, CRFB/88). É possível que no âmbito laboral tais direitos restrinjam o direito à intimidade do empregado, como condição para o desenvolvimento da atividade econômica.

Especialmente no caso da barreira sanitária, uma das alegações é de que o procedimento é medida de segurança alimentar. Portanto, depreende-se que sua finalidade é a proteção da saúde pública e, em última análise, da vida humana, direito fundamental previsto no art. 5º,

*caput*, da Constituição de 1988.

As restrições aos direitos fundamentais podem ocorrer por expressa disposição constitucional, por norma legal promulgada com fundamento na Constituição ou por força de colisão entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa. Em qualquer caso, exige-se direta ou indiretamente um fundamento constitucional. Os limites aos direitos fundamentais afetam o seu pleno exercício, causando dificuldade, redução ou eliminação do bem jurídico protegido; ou a sua garantia, diminuindo os deveres estatais na sua promoção (SARLET, 2012, p. 398-401).

No caso, não existe norma constitucional restringindo o direito à intimidade diante do direito à vida ou do direito à propriedade ou à livre iniciativa. Também não existe norma infraconstitucional fundamentada na Constituição que permita interferir nesse direito. Porém, há uma colisão de direitos fundamentais: de um lado, o direito à intimidade; de outro, o direito à propriedade, à livre iniciativa, à saúde e à vida. Para que um direito fundamental legitime a restrição a outro, isso não pode ocorrer indistintamente, alguns critérios devem ser observados. Ao descrevê-los, o jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2012, 403-405) esclarece que, além de possuir fundamento constitucional, é preciso aplicar critérios racionais para solucionar colisão de direitos. O autor destaca a aplicação da teoria da ponderação, também chamada por alguns juristas de harmonização prática, a qual apresenta três critérios a serem averiguados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na análise da ponderação, tem-se que a medida adotada é adequada, visto que o meio utilizado (circulação em trajes íntimos para troca de uniforme) atinge sua finalidade (realização da barreira sanitária); porém, é desnecessária, pois, embora possível o meio menos gravoso (uso de calças *legging*, *shorts*, ou pijamas), é utilizado o meio mais restritivo do direito à intimidade do empregado (circulação em trajes íntimos). Há, portanto, meios alternativos que permitem proteger o direito à propriedade, à livre iniciativa, à saúde pública e à vida e ao mesmo tempo restringir em menor medida o direito fundamental à intimidade. Diante dessa evidência, dispensa-se a análise da ponderação em sentido estrito, porque cabe às empresas, dentro do seu poder diretivo, adotar medida

menos gravosa e igualmente eficaz na proteção da segurança alimentar.

Sobre as medidas protetivas de direitos fundamentais emanadas do Estado, convém citar o emblemático caso envolvendo o arremesso de anões na França. Os fatos remontam de outubro de 1991, quando uma empresa de entretenimento decidiu arremessar anões em algumas discotecas da cidade e o prefeito de uma das cidades onde o evento ocorria decidiu interditar o espetáculo. O fato trouxe uma nova reflexão sobre a proteção dos direitos fundamentais pelo Estado mediante o poder de polícia. Em grau de recurso foi decidido que

o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana (BARBOSA, [s.d.]).

Estabelecer que a dignidade da pessoa humana é uma questão de ordem pública afasta qualquer alegação de legitimidade da conduta lesiva ao direito pelo consentimento da vítima. É indiferente que o empregado se sinta ou não agredido na sua intimidade, até porque, como foi visto no capítulo sobre a sociologia (tópico 3), a corporeidade é modulável, inserindo-se no contexto social no qual o indivíduo se encontra. Ademais, é preciso destacar que o Estado é formado por um sistema jurídico com princípios estruturantes, sendo a dignidade da pessoa humana sua diretriz central, a qual inspira a atividade legislativa e judiciária.

## **5 CONCLUSÃO**

O Ministério da Agricultura, mediante a Circular nº 175/2005, estabelece medidas de segurança alimentar a serem observadas pelos estabelecimentos que manipulam alimentos destinados ao consumo humano. Dentre essas medidas, exige-se que o acesso ao setor no qual há manipulação de alimentos seja restrito, de forma que quem ali adentre não esteja com a roupa de passeio, vinda do ambiente externo, mas, sim, com o uniforme devidamente higienizado. A Circular aponta duas etapas para realização do procedimento: na primeira, há recepção e guarda da roupa de passeio; na etapa seguinte, há a troca de uniforme.

Esse bloqueio sanitário denomina-se “barreira sanitária” e tem o objetivo de impedir a contaminação dos alimentos.

A sistemática usualmente adotada pelas empresas do ramo alimentício para atender à exigência do Ministério da Agricultura inclui a circulação de seus empregados em trajes íntimos. De modo geral, a depender do porte do empreendimento, os empregados são divididos em grupos de trinta a quarenta, separados por sexo, e se deslocam seminus uns à vista dos outros, da “área suja”, local onde deixam suas vestes, à “área limpa”, local onde colocam o uniforme. Embora exista comando estatal de obediência às regras de higiene e assepsia, a Circular não estabelece o modo operacional para realização da barreira sanitária, muito menos se deve ocorrer de forma individual ou coletiva, apenas que deve ser observada a higienização do uniforme daqueles que terão contato com os alimentos, ficando, portanto, a cargo do empregador a maneira mais conveniente de realizá-lo.

196

Demandas levadas ao Poder Judiciário têm exigido reparação indenizatória por violação à intimidade dos empregados submetidos ao procedimento com circulação em trajes íntimos. Os principais argumentos trazidos pelas empresas são que a medida é obrigatória, pois a realização da barreira sanitária é norma de saúde pública, com vistas à preservação da segurança alimentar, e que o deslocamento seminu, por si só, não é vexatório, pois é por um curto espaço de tempo e é realizado em pequenos grupos separados por sexo. Além disso, destacam, ainda, que muitos empregados ajuízam ação trabalhista após extenso período contratual, corroborando a tese de que a medida não é constrangedora ou vexatória, pois se assim fosse não permaneceriam trabalhando na empresa. Há também empresas que facultam ao empregado o uso de *shorts*, calças *legging* ou pijamas, afastando, novamente, a alegação de violação à intimidade.

O argumento da obrigatoriedade estatal não se sustenta, pois, conforme explanado, a Circular n. 175/2005 exige a realização do bloqueio sanitário, ficando a cargo do empregador definir o modo operacional de realizá-lo. Quanto à naturalização pelos empregados em circular em trajes íntimos, a análise da sociologia do corpo permitir inferir que efetivamente isso é possível ocorrer, pois a forma como o

indivíduo assimila o comportamento de seu grupo social é modulável e reflete a sua experiência corporal no contexto em que está inserido. É o que Le Breton caracteriza como “socialização da experiência corporal”, a qual se altera de acordo com modificações sociais e culturais e os diferentes papéis que convém ao indivíduo assumir durante o curso da existência (LE BRETON, 2007, p. 9). Assim, ainda que o procedimento fosse realizado com os empregados totalmente desnudos, haveria aqueles que compreenderiam a medida como socialmente aceitável, sem causar-lhe qualquer constrangimento ou dissabor, muito menos violação à intimidade.

Observa-se que a circulação em trajes íntimos se tornaria menos aceitável se fosse imposta a profissionais de maior prestígio social, como magistrados, médicos, engenheiros e bancários, ainda que por curto espaço de tempo. Isso porque o senso comum constrói os parâmetros de acordo com a realidade econômica e cultural no qual está inserido. Não obstante essa evidência, todos, indistintamente, têm o direito de ter resguardada sua intimidade e o intérprete do Direito precisa estar atento a isso.

Cabe, ainda, uma comparação do tema com a revista íntima, prática vedada pelo ordenamento jurídico, nos termos do art. 373-A, VI, da CLT. Sobre a revista em bolsas e mochilas, a jurisprudência do TST vem admitindo sua prática se ocorrer de forma visual, dirigida a todos os empregados, em ambiente isolado e realizada por pessoas do mesmo sexo. Ora, se até o conteúdo da bolsa ou mochila é protegido do conhecimento de outrem, mais intensa deve ser a proteção contra a exposição do próprio corpo do indivíduo, independentemente da sua posição socioeconômica.

A intimidade é um direito fundamental, integrante dos direitos de personalidade, cujo núcleo essencial é a dignidade da pessoa humana. Em que pese à possibilidade de sofrer restrições, inclusive no ambiente de trabalho, o consentimento prévio da vítima é irrelevante para admitir como juridicamente válida conduta violadora do direito à intimidade. Afinal, especialmente no direito do trabalho, em que o trabalhador não raro se submete a condições constrangedoras para manutenção da própria subsistência, busca-se com a maior proteção jurídica ao obreiro

compensar o desequilíbrio econômico nas relações de trabalho.

O conceito de intimidade inclui afastar do conhecimento de outrem aquilo que o indivíduo deseja que não seja revelado. Assim, o empregado que é obrigado a revelar o corpo resguardado por debaixo da roupa que o encobre, tem violada a sua intimidade. Esse direito pode ser mitigado com base em fundamentos constitucionais, considerando as circunstâncias do caso concreto, os direitos envolvidos e as hierarquizações axiológicas. No caso em estudo, o direito à intimidade do empregado sofre restrição ou limitação pelo procedimento adotado na empresa, que, por sua vez, é amparado pelo direito à livre iniciativa, à propriedade, à saúde e, em última análise, à vida.

Pela técnica da ponderação, percebe-se que a circulação em trajes íntimos pelos empregados é medida adequada para preservação da segurança alimentar, pois realizada a contento a barreira sanitária proposta pela Circular n. 175/2005. Porém, é uma medida desnecessária, que utiliza a maneira mais restritiva de direitos quando existente alternativa menos gravosa, sem prejuízo do cumprimento da exigência estatal de higiene e assepsia na lida com alimentos. Tal alternativa consiste no uso de *shorts*, calça *legging* e pijamas, argumento inclusive trazido por algumas empresas para reforçar o consentimento dos empregados quanto à realização do procedimento e conseqüentemente afastar a alegação do dano pleiteado em juízo.

Assim, tem-se que restrição ou limitação de direitos fundamentais é medida excepcional, que somente é legítima se obedecer a determinados requisitos. No caso, há exposição desnecessária do corpo seminu do trabalhador, com violação não legítima do direito à intimidade, atentando contra a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Trata-se, portanto, de violação ao próprio Estado Democrático de Direito, sendo, pois, matéria de ordem pública, oponível *erga omnes*. Cabe ao Estado proteger o direito do indivíduo da atuação de terceiros, inclusive utilizando meios coercitivos para efetivação desse direito. Nesse sentido, não basta oferecer o empregador meios alternativos para realização do bloqueio sanitário, é necessário que assuma o compromisso de realizá-lo da forma menos gravosa à intimidade do empregado, sendo a isso compelido, se preciso for.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Circular nº 175/CGPE/DIPOA**, de 16 de maio de 2005. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal. Coordenação Geral de Programas Especiais. Disponível em: <<http://sistemasweb.agricultura.gov.br/sislegis/action/detalhaAto.do?method=consultarLegislacaoFederal>> Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). **RR-12720-07.2013.5.18.0102**. Relatora Desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 20 maio 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 22 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **ARR - 10638-03.2013.5.18.0102**. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 6 maio 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 22 maio 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Joaquim B Barbosa. **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa**. Disponível em: <[http://egov.ufsc.br/\\_portal/sites/default/files/anexos/19028-19029-1-PB.html](http://egov.ufsc.br/_portal/sites/default/files/anexos/19028-19029-1-PB.html)> Acesso em: 22 maio 2016.

HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e o poder diretivo do empregador: o uso do email no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LEMONS, Maitê Damé Teixeira. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O Judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In: ALEXY, Robert *et al.* (Org). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 641-665.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. DUTRA, Renata Queiroz. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de trabalho: o caso da barreira sanitária em empresas do ramo alimentício e a proteção à intimidade. **Revista LTr: legislação do trabalho**, ano 79, n. 8, p. 935-944, ago. 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 3ª tiragem, ano 2000. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/-ac\\_direito/Perelman\\_LogicaJ.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/-ac_direito/Perelman_LogicaJ.pdf)> Acesso em: 26 jun. 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

ROMITA, Arion Sayão. Colisão de direitos: liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem. **Revista LTr**: legislação do trabalho, ano 79, n. 9, p. 1070-1081, set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo; LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do trabalho: teoria geral do Direito do Trabalho**. 1 v – Parte 1. São Paulo: LTr, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. A influência do sistema presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro – quem deve efetivar os direitos fundamentais em uma democracia? In: ALEXY, Robert *et al.* (Org.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Brasília, 2007. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007\\_TatianaMaltaVieira.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf)> Acesso em: 22 maio 2016.

# A APLICABILIDADE (?) DO ART. 489 DO NOVO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO E ALGUMA TÉCNICA DE DECISÃO JUDICIAL



*Daniel Lisbôa<sup>1</sup>*

**Resumo:** A sentença tem funções para além de apenas resolver um conflito vertido em um processo. Sua fundamentação é elemento de legitimação do Poder Judiciário, daí a relevância de ser corretamente realizada, atendendo a pressupostos científicos. O art. 489 e seus parágrafos foram uma resposta do legislador à crise do Judiciário, no que concerne às suas decisões. Contudo, no processo do trabalho, sua aplicação não pode ser reconhecida, pois há regra própria e colisão com seus princípios. Isso não significa que o magistrado trabalhista não tenha que atender de maneira suficiente ao que dispõe o art. 93, IX, da CF.

**Palavras-chave:** Sentença trabalhista. Fundamentação. Art. 489 do CPC. Inaplicabilidade. Dever de fundamentação. Aplicabilidade.

201

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as implicações do art. 489 do CPC à sentença trabalhista.

Aprecia-se as funções da sentença, de forma geral, e em seguida, o verdadeiro conteúdo de uma sentença fundamentada. Faz-se então uma análise a inciso do artigo em comento.

## 2 A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E SUAS FUNÇÕES

O vocábulo “sentença” remete ao verbo sentir. Exprime o sentimento do magistrado, após toda a produção de prova, momento em

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho no TRT da 12ª Região, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Professor de Sentença Trabalhista em curso preparatório para concurso público e pós-graduações em Direito.

que, por ficção jurídica, entende-se estarem postos todos os elementos da realidade necessários para o pleno conhecimento do juiz.

Todavia, o Estado Democrático de Direito não outorga poderes plenos ao magistrado, que deverá, sim, decidir, mas expondo as razões lógicas para tanto, conforme determinado pelo princípio da livre convicção motivada ou persuasão racional.

Essa exposição de razões, sem a qual há nulidade absoluta da decisão, apresenta-se na fundamentação, pois exigência do art. 93, IX, da CF.

Segundo Michele Taruffo, em conferência proferida na UFPR em 5-3-2001 citada por Marinoni e Arenhart (2003, p. 444), é na fundamentação que se revela o raciocínio lógico e contextual – a aproximação entre o Direito e o bom senso – desenvolvido pelo juiz para a solução das questões processuais e materiais.

De fato, ela publiciza as razões de convencimento, os argumentos do magistrado, devendo ser encadeada de forma lógica e racional, de sorte que aqueles que com ela tenham contato cheguem à mesma conclusão. Ilação simples dessa afirmação é a profunda conexão entre a fundamentação da sentença e teoria da argumentação.

Ainda que o comando da sentença seja restrito às partes, a fundamentação a elas não é necessariamente dirigida. Ela é formulada no interesse de todos os cidadãos, embora discuta um dado caso particular trazido ao Poder Judiciário.

Poder-se-ia pensar que o vencido é aquele a ser convencido, mas tal pretensão se mostra quase inatingível. Isso porque, em estudos da moderna retórica, Perelman aponta que sempre se deve levar em conta a plateia a que se está expondo o argumento. No caso da sentença, o juiz pode considerar um auditório universal, composto por qualquer pessoa racional, interessada e isenta ao caso decidido (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 34-9). Daí que o convencimento do vencido pode ser entendido como utópico, pois esse nunca será isento, embora possa, sim, ser almejado, mas sem pretensões de necessário atingimento. Em verdade, no discurso apreendido na fundamentação de sentenças, não se pretende necessariamente convencer o outro, mas falar

de uma forma que qualquer pessoa racional teria que concordar com seu ponto de vista (ALEXY, 2001, p. 217), em condições ideais.

Nessa linha, pode-se apontar funções endoprocessuais e exoprocessuais à fundamentação, sendo essas últimas as de maior relevância para o que se pretende discutir no presente ensaio.

Como funções endoprocessuais, aquelas vinculadas diretamente com o processo solucionado pela decisão judicial, ressaltam-se a possibilidade de conhecimento do exercício intelectual do juiz e conseqüentemente do manejo de recurso, se cabível, bem como o estabelecimento dos contornos do comando decisório a ser cumprido (dependendo da modalidade de sentença) e da coisa julgada (MANZI, 2009, p. 78-87).

Como funções exoprocessuais, alinha-se a garantia do Estado de Direito, entendido como um padrão de racionalidade na aplicação do Direito (acepção mais próxima de “*Rule of Law* - MacCORMICK, 2008, notas dos tradutores, p. XXVI e XXVII) em diversos matizes: criação de repertório processual hábil a identificar casos semelhantes e com isso gerar certa previsibilidade nas decisões subseqüentes; exigência de que o juiz demonstre seu ato de inteligência e imparcialidade, para com isso evitarem-se decisões levianas ou contaminadas por interesses alheios à Justiça; garantia da legalidade, da separação dos poderes, da democracia, da publicidade dos atos judiciais e do direito ao contraditório e à ampla defesa.

### 3 O CONTEÚDO DA FUNDAMENTAÇÃO

De início, deve-se ter como pressuposto que a fundamentação de sentença é um modelo de argumento de justificação de um dado resultado, a fim de que se consiga persuadir seu destinatário a com ela concordar.

Com isso, a coerção estatal, o uso da força pelo Poder Judiciário, é extirpada, minorada, ou, ao menos, escamoteada, o que, por si, acarreta um menor impacto social na moldagem de um comportamento.

Também, é de se considerar que o início do pensamento

decisório é dialético. Consideram-se as teses de duas partes em conflito, a partir das quais o julgador deverá encontrar uma síntese.

É na apresentação e justificação da síntese (dessa lógica dialética inicial) que a argumentação se faz relevante. Quando da exposição das escolhas do juiz, esse deve apresentar sua motivação para cada uma delas.

Como regra, isso é feito por meio de silogismos, a partir de um raciocínio dedutivo fulcrado na norma abstrata, embora outros sistemas argumentativos (persuasão) possam ser aceitáveis em casos específicos e menos comuns.

Cumpra, se for o caso, resolver controvérsias no campo das premissas fáticas, certificando a verdade processual e explicitando se é esse fato, agora carimbado como “verdade”, suficiente e adequado para ser enquadrado na hipótese de incidência da norma. Também, esclarecer e resolver problemas na interpretação ou de aplicabilidade da norma que pretende valer-se a parte em um dado caso concreto.

204

Para tanto, utiliza-se de argumentação dedutiva (primordialmente, e especialmente para questões ligadas às normas) e não dedutivas (a argumentação persuasiva é usada secundariamente, e com mais frequência na certificação da verdade dos autos, como quando, por exemplo, o magistrado explana as razões pelas quais dá maior crédito a uma testemunha em detrimento de outra).

Pode, ainda, ocorrer de ser imposto ao magistrado que fundamente sua decisão com menor lastro em normas, caso em que recorre a precedentes judiciais, princípios gerais de direito, valores sociais relevantes e, até mesmo, argumentos consequencialistas. Tudo pela impossibilidade do *non liquet*, ou seja, pela obrigação do juiz de dar solução ao caso apresentado independentemente da existência de norma sobre a questão.

No Direito do Trabalho, é interessante mencionar, há expressa autorização para a argumentação consequencialista, como se nota do art. 8º da CLT, com a expressa prevalência do interesse público sobre o de classe ou particular, e em especial no procedimento sumariíssimo, como se lê no art. 852-I, §3º, da CLT, em que há expressa abertura aos valores da justiça, equidade, bem comum e fins sociais da norma.

Pode-se imaginar que a fundamentação da sentença trabalha com a mesma ideia de matemática básica presente na noção pré-escolar do “arme e etue”. Para a consecução da proposição, não basta encontrar a solução, é necessário explicitar como chegou-se a ela.

#### 4 O NOVO CPC

No Brasil, o Poder Judiciário é o único poder constituído que não recruta seus membros por processo democrático. Juízes não são eleitos por voto popular. São escolhidos por concurso público, aberto a todos que cumpram os requisitos constitucionais para a candidatura, ou por indicação de outro Poder, consoante art. 93, I, da CF. Trata-se, portanto, de um poder aristocrático, no sentido filosófico do termo (governo dos melhores).

O sistema de escolha por livre indicação, que não subsiste para a magistratura de 1º grau, se encontra atualmente em xeque, justamente por conta da sua menor legitimação social. Basta que se avaliem as recentes mudanças legislativas para o aumento da idade máxima de aposentadoria compulsória dos magistrados, com evidentes motivações políticas (NEITSCH, 2015), no intuito de impedir novas indicações ao STF pelo grupo político que à época contava com a prerrogativa de fazê-lo.

O movimento do Congresso sobre o tema deixou evidente o reconhecimento, inclusive por parte do Poder Legislativo, de que o sistema de indicações não é perfeito e pode albergar interesses políticos dos detentores desse poder em certo espaço e tempo.

O concurso público de provas e títulos, por sua vez, ainda é um baluarte de legitimidade do Poder Judiciário, mas não é suficiente, pois se trata a magistratura de uma carreira de longa duração, e o concurso é um evento que se dá no seu início e não se repete em outro momento. Conquanto a legitimação inicial dos magistrados se dê pelo concurso, a legitimação diária, a cada ato decisório emanado, de forma reiterada, ocorre pela fundamentação da decisão.

É, pois, a fundamentação da sentença, em uma de suas funções exoprocessuais, o maior ponto de conexão do Poder Judiciário com a

sociedade. É o momento em que fica demonstrada a capacidade do juiz de solucionar razoavelmente o problema que lhe é trazido, de forma racionalmente satisfatória.

Nessa linha, a fundamentação é a ferramenta pela qual a decisão judicial deixa de ser ato de imposição ou força, pois permite a inteligência da determinação final, e o controle do ato judicial pelas partes, por meio do manejo de recurso, se assim admitir o ordenamento jurídico, e de qualquer cidadão com interesse para tanto. Tem, pois, além de função jurídica específica, viés político de afirmação, de justificação e de legitimação do Poder Judiciário.

Preocupado com um suposto desrespeito à imposição constitucional do art. 93, IX, da CF por parte da magistratura, compreendeu por bem o legislador “regulamentar”<sup>2</sup> a norma constitucional, estabelecendo limites mínimos a esse poder-dever (se não o, um dos mais importantes da Magistratura, como dito), o que fez nos parágrafos do art. 489 do novo CPC, com a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

---

<sup>2</sup> Sem uso de Lei Complementar exigida no art. 93, *caput*, da CF, o que pode indicar sua inconstitucionalidade formal.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. [...]

Em seus parágrafos, trata-se de norma que pretende deixar evidente a dialeticidade processual que culmina na sentença, mas que vai além.

Manifesta no §1º, I, que não é fundamentação de sentença a simples citação de norma: nenhuma novidade. O ato decisório é primordialmente silogístico, sendo a norma apenas a premissa maior desse processo. A ela, o julgador agrega a premissa menor, qual seja, os fatos reconhecidos como verdade nos autos e, ao final, apresenta as conclusões. Dessarte, sem a apresentação do fato que fundamenta a conclusão, bem como do processo utilizado para certificação processual desse como verdade (incontroverso, reconhecido, provado ou reflexo do ônus da produção da prova), não há decisão.

O inciso II veda o uso de conceitos jurídicos indeterminados, sem explanação de motivos de sua inserção ao caso.

Os chamados conceitos jurídicos indeterminados são termos vagos, imprecisos, utilizados em leis, e que impõem ao hermeneuta a definição do conteúdo dessa norma (embora não de sua consequência). É o caso da “atividade de risco” prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, por exemplo.

Novamente não há novidade, uma vez que a sentença deve ser clara e certa, incumbe ao magistrado esclarecer o que pretende enquadrar na hipótese normativa indeterminada, o que faz apontando porque a situação que avalia na decisão pode ser qualificada como aquela

prevista no conceito jurídico indeterminado. É o momento em que o tipo normativo é fechado (pelo julgador, e não pelo legislador, como em outros tipos de normas).

O terceiro inciso autorizaria interessante debate sobre a sociedade em que vivemos, de acesso ágil a informações a ponto de autorizar a prática do famoso “ctrl c, ctrl v” também nas decisões judiciais (CHAVES Jr., 2015). Contudo, basta que novamente se considere que cumpre ao magistrado a certificação da verdade fática no processo silogístico, sendo que, para tanto, necessita proceder à avaliação de provas, as quais são produzidas em cada novo processo. Esse procedimento somente se perfaz pela avaliação individualizada da prova dos autos em que exara a decisão.

Dessarte, não há meios, salvo quando o tema em debate versar unicamente sobre direito, de mera repetição de decisão. Mas, mesmo nessa última hipótese, a decisão não se prestaria a “justificar qualquer outra”, mas apenas aquelas exatamente iguais.

O que se pretendeu vedar, em verdade, é a utilização de moldes discursivos preconcebidos, o que seria desnecessário, pelo simples fato de que esses não podem ser reconhecidos como fundamentação na acepção constitucionalmente prevista.

Interpretando-se em conjunto os incisos II, III e o §2º, evidencia-se que o legislador pretendeu evitar o que Lima chama de *katchanga* jurídica (LIMA, 2015), ou seja, a utilização de grande verve jurídica, explanação de relevantes princípios jurídicos (da proporcionalidade, no artigo em questão), discursos politicamente corretos, apontamento de colisão de normas etc., para ao final solapar a fundamentação racional da decisão e passar ao largo da explanação dos argumentos verdadeiramente jurídicos que fundamentaram a escolha do julgador.

O inciso IV busca reafirmar o processo como técnica de debate pleno. Traz em seu bojo o que tem sido chamado de fundamentação exauriente pela doutrina.

A fundamentação exauriente é tida por muitos magistrados como grave entrave ao julgamento rápido e motivo de afogamento do Judiciário, e por diversos advogados como vitória, uma verdadeira obrigação do julgador de responder quesitos ou questionário ao decidir.

Contudo, a nosso ver, o inciso em nada altera a exigência constitucional de fundamentação. A matriz continua exatamente a mesma explanada no capítulo anterior.

A fundamentação sempre constituiu, mesmo antes do novo CPC, explanação racional (dedutiva e/ou persuasiva) suficiente a resolver os problemas na premissa fática e na premissa normativa eventualmente verificados no caso em julgamento.

O problema que a norma visa combater ocorre quando há, na inicial ou na defesa, o que a doutrina chama de cumulação causal, ou seja, quando são manejadas mais de uma causa de pedir para o mesmo pleito, ou, ainda, mais de um motivo fático ou jurídico para seu indeferimento.

Para a solução desse pedido, não basta que seja resolvida a questão inerente a uma das causas de pedir, ou afastar uma das teses apontadas na defesa.

Em verdade, quaisquer teses que se coloquem como diretamente prejudiciais àquela apontada pelo julgador como a mais qualificada para resolver a lide, devem ser avaliadas e racionalmente rechaçadas, sejam essas opostas por quaisquer das partes. Por seu turno, teses que se descartam pela simples escolha de outra, por óbvio, e o texto da norma é claro nesse sentido, não precisam ser rebatidas expressamente. Ficam superadas pela interpretação sistemática da decisão.

A partir de uma avaliação lógica de argumentos, isso fica muito claro, como se vê:

Parte aventa duas teses e requer X. Traz como argumentos:

- a validade da tese 1 tem como consequência X;
- a validade da tese 2 também tem X como consequência.

Juiz deixará claro em sua decisão, para negar X, tanto a incorreção da tese 1 quanto da 2.

Se acolhida a consequência X pela tese 1, despicienda a avaliação da tese 2.

O mesmo raciocínio se aplica para teses de defesa (antíteses).

Agora, a tese pode ser um imperativo absoluto. Ex: Sempre que

se estiver diante de 1, a consequência é X.

Reconhecido tratar-se de imperativo absoluto e que 1 se faz presente, as demais teses e antíteses não precisam ser avaliadas, porquanto não são hábeis a infirmar a conclusão.

Toda decisão judicial deve ter essas referências, pois decorrentes da lógica formal que serve de substrato a qualquer manifestação racional do pensamento.

Não por acaso afirma Rodríguez, de forma simples porém enfática, que “no direito nada se faz sem explicação.” (RODRÍGUEZ, 2004, p. 7). A verdade é que essa norma se presta a solucionar antiga e famosa cizânia entre juízes e advogados, nas ocasiões em que julgados improcedentes embargos de declaração ao fundamento de que “não é dado ao magistrado a resposta de todas as teses apresentadas, mas apenas da indicação das razões de seu convencimento”.

210 Debate esse inócuo, fruto de avaliação equivocada ou parcial da estrutura argumentativa tanto de petições iniciais quanto contestações e sentenças, por parte de todos os operadores do direito envolvidos no processo, e, especialmente, da falta de reconhecimento dos elementos persuasivos (e que, portanto, não podem ser contrapostos por argumentos meramente dedutivos) envolvidos no discurso jurídico.

O inciso V estabelece que a mera reprodução de precedente (decisão judicial colegiada em caso análogo) ou súmula (jurisprudência dominante que passou por processo de uniformização em tribunal com o estabelecimento de enunciado específico) não consiste em fundamentação.

Peca pela generalização. Embora o processo decisório imponha a análise individualizada do tema em pauta, há súmulas bastante claras para constituir fundamentação suficiente, que trazem em seu enunciado a hipótese de fato a que se aplicam, apreciam problemas na esfera normativa e os resolvem e, ao final, impõem a consequência jurídica. Enfim, que explicitam sua *ratio decidendi*. Nesses casos, bastaria ao julgador demonstrar a identidade entre a hipótese de fato da súmula e o conteúdo fático vertido aos autos, na aplicação de precedentes, da mesma forma.

Contudo, correto ao evidenciar que a simples reprodução, sem ao menos o apontamento da identidade com o caso em julgamento, impõe a falência de fundamentação.

Por seu turno, o inciso VI exige do magistrado a explanação dos motivos pelos quais não aplicou ao caso em análise súmula, jurisprudência (conjunto de precedentes reiterados que se estabelecem como o entendimento majoritário sobre um tema) ou precedente invocado pelas partes.

É fato que nosso sistema de Direito tem se aproximado do *Common Law*. A complexidade social e a velocidade de mutação de suas estruturas não são acompanhadas pela lei. Assim, cada vez mais ganha força o Direito de Precedentes, ou seja, a utilização da *ratio decidendi* (compreendida como a lógica da decisão ou, ainda, a norma geral que se extrai do julgamento individual de um caso) de casos semelhantes já julgados, com o que se atinge um dos valores máximos do Direito, a Justiça Formal (a qual sugere se decidirem, de forma igual, situações equivalentes).

Pelos novos termos legais, ao “invocar” à parte uma decisão colegiada pretérita como fundamento, incumbe ao magistrado sentenciante demonstrar o *overruling*, ou seja, que a decisão já fora superada por outras que lhe sucederam, ou o *distinguishing*, vale dizer, que os fatos avaliados na decisão paradigma são diversos daqueles expostos no processo paragonado.

Trata-se, nesse caso, não de uma imposição de disciplina judiciária ou hierarquização de entendimentos, mas, sim, de definição legal de um método de decisão (GAJARDONI, 2015). O referido inciso da norma em comento, ao impor a avaliação expressa do precedente alegado, busca a Justiça Formal.

Contudo, ainda que pareça bem-intencionada (pela aproximação ao valor Justiça Formal, como referido), essa regra pecou severamente ao olvidar-se que o processo é um método de debate, pautado pela dialética. Portanto, sendo a sentença a síntese de uma tese e de uma antítese (inicial e contestação), não pode ser mais complexa do que essas, ao contrário. É exigência do processo dialético que seja mais simples, sob pena de ofensa ao devido processo legal substancial (nenhuma norma processual

subsiste destituída de razoabilidade e adequação ao seu fim último, dar garantias às partes que disputam um direito).

Dessarte, só há razoabilidade, do ponto de vista do método, exigir a manifestação expressa sobre o precedente invocado em sentença (na síntese) quando essa não apenas foi invocada, mas, também, decomposta e explicitada, de forma plena, em um dos momentos pretéritos a essa.

Portanto, antes de exigir que a sentença expresse o *overruling* ou o *distinguishing*, é essencial que, além de simplesmente relacionar um julgado em sua petição, o advogado dele extraia e aponte, de forma expressa e por meio de argumentação racional, a *ratio decidendi* que pretende seja aplicada ao caso específico posto em decisão, como também evidencie, de forma clara, sua identidade com o caso originário. Essa é a única interpretação viável do verbo “invocar” previsto na norma.

Dessa forma, a complexidade se estabelecerá na inicial ou na contestação, e não na sentença, com o que será respeitado o contraditório, ao oportunizar à parte adversa contrapor-se às alegações e buscar destituir suas razões (oferecendo subsídios para a eventual distinção ou superação do precedente invocado).

Compreensão diversa do que se constitua a “invocação” de um precedente, especialmente se imaginado como tal a simples coleção de uma ementa, para além dos problemas já expostos, é preocupante pelo ponto de vista da celeridade, especialmente ao considerarmos que nosso sistema é de *Civil Law*, o que permite sejam encontrados os precedentes os mais diversos (já que, em princípio, as decisões judiciais não são formalmente atreladas a precedentes, mas, sim, à lei em sentido lato e a súmulas vinculantes editadas em obediência ao art. 103-A da CF) e ao costume de parte da advocacia de recheiar petições iniciais com dezenas de ementas, muitas vezes de forma desnecessária, quando não, até em sentido contrário ao entendimento que pretende ver escolhido.

Basta imaginar, para inviabilizar qualquer julgamento célere, que uma parte articule dezenas de ementas, em verdadeiro “ctrl-c ctrl-v”, conexas ou não à causa, em sua petição inicial ou peça defensiva.

Se essa atitude se constitua em “invocar” precedente, semanas de estudo serão necessárias para a decisão, pois será o juiz o responsável

por pesquisar a origem do caso que originou o precedente e a atualidade das normas e respectivas interpretações que embasaram a conclusão jurídica ali exposta.

Esse inciso, ademais, é redundante ao inciso IV, isso porque o precedente perfaz-se, em última análise, em tese jurídica apresentada pela parte, e deverá ser rechaçada se diretamente prejudicial àquela tida como correta pelo julgador, como mencionado anteriormente.

Tecidas essas considerações, passamos à avaliação das implicações da norma no Processo do Trabalho.

## **5 O ART. 489 DO NOVO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO**

Os critérios que definem a autonomia de um ramo do direito são a existência de método próprio, princípios peculiares e a extensão da matéria.

Conquanto ainda existam vozes na doutrina que reconheçam o Direito Processual do Trabalho como ramo do Direito Processual Civil, especialmente pelo fato de não contar com método próprio – conclusão válida, mas que não descarta a tese dualista, especialmente se reconhecermos a existência de uma Teoria Geral do Processo, ramo do Direito a partir do qual se especializam o Processo Penal, o Civil, e o do Trabalho – cada vez mais se verifica o distanciamento das matérias, seja pelo espectro de seu estudo – o processo do trabalho tem vultosa regulamentação na CLT e legislações esparsas – quanto pelos princípios próprios e exclusivos.

Nessa toada, é de se apontar que nos últimos anos a doutrina especializada vem reconhecendo uma multiplicidade de princípios próprios a esse ramo do Direito, como aqueles citados por Leite (LEITE, 2015, p. 80-88): proteção, finalidade social, busca da verdade real, indisponibilidade, conciliação e normatização coletiva, ou, ainda, por Schiavi (SCHIAVI, 2010, p. 99-105): protecionismo temperado ao trabalhador, informalidade, conciliação, celeridade, simplicidade, oralidade, majoração dos poderes do juiz do trabalho na direção do processo, subsidiariedade e função social do Processo do Trabalho.

Dessarte, embora ramos afins, tanto que o Direito Processual Comum lhe é fonte subsidiária, conforme art. 769 da CLT, há reconhecer a autonomia do Processo do Trabalho.

A partir dessa primeira ilação, alguns elementos desse ramo específico do Direito merecem avaliação, a fim de que se estabeleça uma conclusão definitiva.

### **5.1 A petição inicial trabalhista, o *ius postulandi* e os princípios da simplicidade e da ultrapetição**

A petição inicial trabalhista é regida pelo art. 840 da CLT. Seus requisitos encontram-se no §1º, sendo eles “...a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante”.

A toda vista, são mais simplificados que aqueles previstos no CPC de 1973, no seu art. 282:

Art. 282. A petição inicial indicará:

- I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
- II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV - o pedido, com as suas especificações;
- V - o valor da causa;
- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII - o requerimento para a citação do réu.”

Norma essa equivalente ao art. 319 do novo CPC:

“Art. 319. A petição inicial indicará:

- I - o juízo a que é dirigida;
- II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Não se exige fundamentação de direito, mas apenas exposição de fatos e pedidos. Vale dizer, não se faz necessária, na petição inicial trabalhista, a distinção e a explanação pormenorizada da causa de pedir remota e próxima, estabelecendo-se formalmente a dualidade entre fatos e direitos, como no processo civil.

E, se assim o é, a citação de precedentes pelo autor torna-se desnecessária, como regra.

Na seara do Processo do Trabalho a máxima latina “*dame mihi factum, dabo tibi ius*” é muito mais vigorosa. Em outras palavras, simplesmente porque não é requisito da exordial a expressa fundamentação jurídica, há maior liberdade de julgamento ao magistrado, que pode buscar em todo o ordenamento a premissa normativa que pretende aplicar à situação de fato (essa, sim, bem delimitada pelo autor) que lhe é posta para avaliação. Evidentemente que sempre respeitados a ampla defesa e o contraditório.

É comum, por exemplo, que o autor trabalhista simplesmente informe que não recebeu seu aviso-prévio e requeira o pagamento, cumprindo ao magistrado do trabalho investigar e definir qual a modalidade de extinção contratual (situação jurídica muito mais complexa do que o pedido inicial) para só então poder julgar o pedido efetivo.

A simplicidade é tanta que a citação é automática, enquanto no Processo Civil o magistrado deve analisar a petição inicial em antecedência à triangularização processual (ou seja, à citação), no Processo do Trabalho, em tese, o primeiro contato do juiz com o processo se dá em audiência.

Ademais, o art. 839 da CLT reconhece o pleno *ius postulandi*, que significa que a parte pode, sem assistência de advogado, propor sua

demanda. A não imposição da participação do advogado é o corolário máximo da simplicidade, uma vez que permite a explanação de pretensões de Direito ao Poder Judiciário por pessoa leiga.

Ainda, o chamado efeito circular expansionista do salário impõe repercussões de direitos em outros, também requeridos pela parte, ao determinar um acréscimo em sua base de cálculo. Essa característica do direito material a que primordialmente serve o Processo do Trabalho impõe uma outra característica peculiar, qual seja, o reconhecimento (não unânime) do princípio da ultrapetição, por meio do qual se considera implicitamente requerido o que se chama de “reflexos”, ou seja, os efeitos do aumento de uma verba trabalhista em outra que tem a primeira como sua base de cálculo, quando pedida a verba principal.

Por fim, é praxe nessa seara a cumulação objetiva, ou seja, a reunião de diversos pedidos em uma única demanda, o que, por si, dificulta a avaliação exaustiva de argumentos.

## **5.2 A existência de normatização específica na CLT para a sentença**

A lei processual trabalhista, no seu art. 832, estabelece os elementos da decisão trabalhista, sendo estas “...o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

Ainda, em se tratando de procedimento sumariíssimo, aduz no art. 852-I que “A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”. Esse procedimento, ademais, abre grande margem para a discricionariedade do magistrado, estabelecendo a viabilidade de aplicação da equidade e valores de justiça. Diz o § 1º que “O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.”

Vale ressaltar, também, que, no julgamento de recursos em processos do rito sumariíssimo, aponta o art. 895, §1º, IV, da CLT o seguinte: “...Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.”.

Tem-se claro, pois, que há normas específicas e suficientes

a orientar o julgador trabalhista no cumprimento do seu dever constitucional insculpido no art. 93, IX, ou, em outras palavras, inexistente lacuna normativa no ramo processual próprio.

### **5.3 A aplicação subsidiária do Direito Processual Comum ao Processo do Trabalho**

Estabelece o art. 769 da CLT que o Direito Processual Comum é fonte subsidiária do Processo do Trabalho, que deve dele se socorrer quando existente omissão e desde que presente compatibilidade principiológica da norma recrutada.

O art. 15 do CPC, por sua vez, em nada alterou a norma supracitada, pois impõe a omissão como critério para integração entre os diversos tipos de processos.

Nos tópicos anteriores ficaram evidentes a simplicidade que impera no Processo do Trabalho, os requisitos mais tênues para a aptidão da inicial, o *ius postulandi*, bem assim como a existência de farta normatização específica na seara laboral relacionada à fundamentação.

Essas simples aferições, de per si, rechaçam a aplicação supletiva do art. 489 do CPC.

Sendo a sentença a síntese de um embate dialético entre a petição inicial (tese) e a defesa (antítese), a primeira deve espelhar as exigências que a norma faz às demais peças processuais. Afinal, não se pode cogitar que o resultado de um processo dialético, vale dizer, sua síntese, seja mais complexo do que a soma dos debates que lhe precederam.

Pensar em sentido contrário fere diretamente o próprio conceito inicial de dialética, o método de diálogo/debate eleito, pela aplicação conjunta dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, para o processo judicial.

Dessarte, se há condescendência com a técnica formal, se impera a simplicidade, se há ultrapetição, e se mesmo leigos podem atuar validamente sem acompanhamento de técnicos (advogados) nesse ramo do Judiciário, as decisões ali exaradas devem ser compatíveis com essa orientação informal, simples e célere, com a qual vêm de encontro às exigências do citado artigo do CPC.

Se não se exige do autor a definição de fundamentos de direito, que apresente a jurisprudência dominante, que destaque a *ratio decidendi* dos precedentes que invoca, ou mesmo que tenha conhecimento técnico, como impor ao magistrado que a fundamentação demonstre pormenorizadamente o *overruling* ou o *distinguishing*, por exemplo? Especialmente se consideradas a formidável cumulação objetiva nas iniciais trabalhistas (que abarcam, muitas vezes, pedidos que superam o número de letras no alfabeto), a profusão de súmulas e orientações jurisprudenciais trabalhistas (mais de 1.000 já editadas pelo TST, muitas com vários incisos), e a reiteração de seu uso em uma única decisão pelos magistrados (seguramente um juiz do trabalho utiliza, em média, ao menos 10 súmulas ou OJs do TST por sentença prolatada<sup>3</sup>).

Se não bastasse, há total antinomia entre os arts. 489, §1º, V, do CPC e 895, §1º, IV, da CLT, porquanto esse autoriza a utilização integral dos fundamentos da sentença como razão de decidir do Tribunal ao manter a decisão recorrida, dispensando, na hipótese, a confecção de acórdão em procedimento sumariíssimo, enquanto aquela veda a utilização de precedente como fundamento sem outras justificativas (nem sequer se trata de fundamentação *per relationem* – quando se adota como razão de decidir outra decisão, citando-a literalmente –, pois não há acórdão).

Mas, para além da incompatibilidade normativa (principiológica e legal), há normatização específica na seara trabalhista que aponta os requisitos da sentença, entre os quais não se verifica a exauriente explanação do que não se reconhece como fundamentação. E, sem lacuna, desnecessária utilização supletiva do CPC.

## 6 CONCLUSÃO

A consciência de que a argumentação lógico-dedutiva é insuficiente para as necessidades do Direito contemporâneo deu origem, a partir dos anos 50, às chamadas teorias da argumentação jurídica (ATIENZA, 2003, p. 211). Nomes como Viehweg, Perelman, Toulmin,

---

<sup>3</sup> Ao menos é essa a experiência de mais de 10 anos de magistratura do subscritor deste ensaio.

Alexy, Dworkin e MacCormick, apenas para demonstrar sua relevância, são alguns estudiosos expoentes do tema.

A argumentação jurídica, como ramo da argumentação prática, viabiliza “uma visão de quais são os elementos de força e fraqueza na argumentação que nos habilita (se é que podemos), a discriminar entre argumentos melhores e piores, mais ou menos racionalmente persuasivos” (MacCORMICK, 2008, notas dos tradutores, p. XIII), e, com isso, permitir a avaliação objetiva de se a fundamentação de uma determinada decisão judicial está efetivamente de acordo com o Estado de Direito e todas as garantias individuais que esse oferece ao jurisdicionado, especialmente a segurança jurídica, a liberdade, o contraditório e a ampla defesa.

Autoriza perceber, outrossim, que a fundamentação da sentença, mesmo quando pautada em argumentação persuasiva, deverá esclarecer, de forma racional, clara e não contraditória, a motivação da decisão ali tomada pelo juiz. Por outro lado, reconhece que não se pode exigir dessa, embora seja dotada de verdade, um grau absoluto de certeza, mas apenas relativo à própria qualidade de sua argumentação.

À falta de compromisso dos operadores do Direito, no Brasil, com o estudo desse relevante tema, reagiu o legislador, impondo farto rol do que considera “não fundamentado” nos §§ do art. 489 do CPC. Por um acaso histórico (decorrentes das vicissitudes das forças políticas dominantes na atual conjuntura do Estado brasileiro), foram os juízes os destinatários da regra, embora pudessem ter sido os advogados, se houvesse o CPC estabelecido rigorosas normas de aptidão da inicial e severos ônus de impugnação específica da contestação.

Passo equivocado, embora costumeiro na história brasileira. Tenta-se resolver com lei problema que deveria ser sanado nos bancos da faculdade de Direito, que não contam, em sua maioria, com a matéria argumentação jurídica.

Se fosse natural aos operadores do Direito a avaliação da argumentação utilizada em peças processuais, a norma posta nos parágrafos do art. 489 do novo CPC seria desnecessária, quase infantil. Os julgadores compreenderiam melhor os requerimentos e os requerentes, as decisões. A comunicação fluiria entre emissor e receptor com menor

ruído.

E, nesse mundo ideal, mesmo quando o jurisdicionado ou seu causídico se deparasse com uma argumentação puramente persuasiva, compreenderia que assim fez o magistrado por um único motivo, qual seja, não contar com outro meio mais apropriado para decidir. Reconheceria que a decisão fora tomada sem absoluta certeza, como antes dito, mas da melhor forma possível ao caso em avaliação. Afinal, fora um Juiz que assim disse (momento em que a legitimidade do cargo supriria aquela obtida pela argumentação – o que deve ser exceção, e não regra).

Mas assim não é, e, no ramo do Processo Civil, agiu o legislador. Os limites e o conteúdo dessa norma, contudo, serão definidos pelos próprios magistrados a quem ela se dirige. Serão os magistrados que a interpretarão e bem reconheceu Eduardo Coulture que, por mais que o Direito crie um sistema perfeito, ele valerá o que os homens que o aplicam valham, ou, de outra forma, a lei é o que dizem ser os julgadores.

No âmbito do Processo do Trabalho, o art. 489 e seus parágrafos não serão aplicados, pelos critérios estabelecidos no art. 769 da CLT para aplicação subsidiária da norma processual comum.

A alteração legislativa serve, contudo, de alerta aos juízes do trabalho. Aos olhos do Poder Legislativo (e, portanto, em tese, na visão da sociedade), embora absolutamente necessária à manutenção da legitimidade do Judiciário como poder da República, a fundamentação das decisões judiciais está deixando a desejar, seja em clareza, seja em certeza, ou, pior, em racionalidade. Portanto, não está sendo cumprida a obrigação constitucional do art. 93, IX, da CF.

A Magistratura (inclusive Trabalhista) responderá a esse anseio social comprometendo-se com a avaliação criteriosa das teses e antíteses que compõem a dialética processual e com o exercício da fundamentação racional e razoável.

Os parágrafos do art. 489 do CPC são excessivos, não integralmente adequados à realidade do processo no Brasil. O § 1º interfere no sistema do *Civil Law* e, por vezes, apresenta-se tautológico.

Mas, com todas suas limitações, em muito, suas determinações expressam o conteúdo do art. 93, IX, da CF e a norma constitucional,

essa sim, é aplicável a toda a Magistratura.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, A. C. **Lógica: Pensamento Formal e Argumentação**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000.

AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ATIENZA, M. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

CHAVES JR., J. E. R. **Argumentos, Fundamentos e Linguagem: A Polêmica sobre a Fundamentação Analítica no Novo CPC, Sob a Perspectiva da Análise do Discurso**. Disponível em: <<https://direitoeoutrostemas.wordpress.com>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

CORRÊA, D. **Argumentação e Hermenêutica: Entre discurso e realidade**. In: SPAREMBERGER, R. F. L. *Hermenêutica e Argumentação: Em busca da realização do Direito*. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, e Caxias do Sul, RS: Educus, 2003.

FACCINI NETO, O. **Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FLEURY, A. **Introdução à Argumentação Jurídica: Fundamentos Filosóficos**. São Paulo: LTr, 2002.

GAJARDONI, F. F. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed., SP: LTr, 2015. p. 80-88.

LIMA, G. M. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

MacCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANZI, J. E. **Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: Funções, conteúdo, limites e vícios**. São Paulo: LTr, 2009.

MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEITSCH, J. **PEC da Bengala: o dilema entre experiência e renovação**. *Jornal*

Gazeta do Povo, Curitiba, 22 jan. 2015, Especial. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/ERROR/pec-da-bengala-o-dilema-entre-experiencia-e-renovacao-ej37q1fsi3hcpsawaxvamakb2>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 5. tir., São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.34-9.

RODRÍGUEZ, V. G. **Argumentação Jurídica**: Técnicas de Persuasão e Lógica Informal. 2. ed. atual. e amp., Campinas: LZN Editora, 2004. p. 7.

SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 99-105.

# O QUE PROTEGE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO? CINCO TESES SOBRE A FINALIDADE DO DIREITO DO TRABALHO



*Felipe Moralles e Moraes<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho analisa as teses doutrinárias que suportam o princípio da proteção no Direito do Trabalho. Investiga-se se o princípio da proteção está em harmonia com as normas constitucionais e com a orientação teleológica de melhoria da condição social dos trabalhadores, se amplia o valor da força de trabalho, assegura os bens fundamentais dos trabalhadores, ou serve aos seus interesses. A partir da resposta negativa a essas questões, oferece-se uma releitura das normas vigentes e do sistema de organização do trabalho no Brasil.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Princípios. Princípio da Proteção. Flexibilização.

223

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalhador tem direitos que visam à melhoria de sua condição social, declara o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Tão forte e ampla pode soar essa declaração que levanta a questão se as leis protetivas brasileiras estão alinhadas, de fato, ao direcionamento teleológico definido constitucionalmente ao Direito do Trabalho. Se a finalidade for superar a concepção da relação de emprego como uma mera contratação de energia humana, até que ponto as leis garantem bens fundamentais como saúde, integridade psicológica, tempo de lazer? Se a finalidade for ultrapassar, também, as condições de subsistência do trabalhador, até que ponto as leis ampliam o valor da força de trabalho no País? Ao refletir sobre o objeto de sua atividade, o juslaborista brasileiro não pode deixar de sentir um mal-estar com a atividade ordinária e rotineira de ressarcimento dos trabalhadores pelos bens que perderam durante a relação de emprego. Esse ressarcimento está garantindo os bens

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; assessor de juiz, felipe.moraes@trt12.jus.br.

fundamentais ou ampliando o valor da força de trabalho?

Todas essas questões provocam lugares-comuns do pensamento jurídico-trabalhista. O presente estudo propõe destacar as cinco grandes teses que delineiam o atual estado do Direito do Trabalho no País; refutando essas teses, propõe bases para sua renovação. Sustento nesse artigo que as linhas mestras do princípio da liberdade sindical devem substituir as traçadas pelo princípio da proteção, o qual centraliza e engloba, hoje, segundo corrente predominante, todos os demais princípios do Direito do Trabalho (DELGADO, 2012, p.194).

É verdade que o esboço remonta, em sua dimensão positiva, às clássicas reflexões de Délio Maranhão, que já defendia a negociação coletiva ser “a mais legítima, digamos assim, a que melhor atende às exigências das relações de trabalho, e a que melhor traduz o sentido deste Direito, que deslocou o centro do mundo jurídico do individual para o coletivo” (1999, v. 1, p.166). Mesmo assim, a alta estima dos juristas quanto à legitimidade da negociação coletiva jamais foi suficiente para apagar o princípio da proteção e redesenhar os princípios do Direito do Trabalho. A dificuldade que precisamos enfrentar diretamente encontra-se, portanto, na dimensão negativa da reconstrução da disciplina. Nessa dimensão negativa, é preciso soerguer o véu ideológico e criticar o arranjo principiológico preponderante, que foca o sistema jurídico trabalhista numa tutela estatal de caráter unilateral, que torna irrelevante o modo de concretização dos bens protegidos e que contraria, em última análise, a finalidade constitucional desse ramo jurídico.

224

## 2 AS TESES DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO

### 2.1 Primeira Tese

É lição amplamente aceita que a finalidade primeira do Direito do Trabalho consiste, nas palavras de Américo Plá Rodrigues, em “proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes” (1997, p.28). Em formulação menos pretensiosa, diz Amauri Mascaro Nascimento que a intervenção das leis trabalhistas na autonomia individual ocorre para “equilibrar melhor o relacionamento entre o homem que trabalha e as

fontes que comandam a sua atividade” (2011, p. 37), para conferir à parte hipossuficiente, ensinava Délio Maranhão, um “mínimo de garantias” (1999, v. 1, p. 175), ou o chamado por Maurício Godinho Delgado “patamar civilizatório mínimo” (2012, p. 115 e 1313). Em suma, o ramo jurídico trabalhista visa proteger o trabalhador da sua inferioridade econômica, isto é, de sua premência de vender a força de trabalho para suprir suas necessidades vitais.

A finalidade ou princípio de proteção sedimenta a justiça distributiva na relação entre empregadores e empregados. A técnica jurídica utilizada supera as normas puramente supletivas ou dispositivas, que se assentam na livre vontade das partes contratantes (*jus dispositivum*). Com isso, reconhece-se, a apropriação de energias de direito público nas relações privadas, por meio de normas de interesse público. A técnica jurídica das normas de ordem pública ou cogentes (*jus cogens*) é apta definir que cada um disponha, por exemplo, de horas mínimas de descanso, da mesma forma que a instituição do *habeas corpus* define que cada um disponha do próprio corpo. Eis o princípio da proteção, deduzível do art. 9º da CLT, que pretende atenuar a submissão e evitar a coisificação do trabalhador.

A partir de um nível mínimo de direitos, o princípio da proteção condensa-se em, pelo menos, dois outros princípios ou subprincípios:

(a) O princípio da norma mais favorável, impresso no art. 444 da CLT, assegura que as garantias legais mínimas são passíveis de tratamento mais benéfico pela vontade das partes ou por outra fonte de direito. Nada impede que, acima do piso normativo, normas aumentem a proteção do trabalhador. O princípio da norma mais favorável repele uma ordem predeterminada das normas, já que se aplica, em cada caso, a mais favorável ao trabalhador. Tradicionalmente, esse princípio é moldado como uma alternativa à hierarquia tradicional e rígida das fontes, substituído por uma hierarquia maleável das fontes de direito e orientada teleologicamente à vantagem do trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p. 54; DELGADO, 2012, p. 174 s., 1121 e 1408; NASCIMENTO, 2011, p. 44 e 324).

(b) O princípio da condição mais benéfica protege as situações jurídicas pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio

do empregado, como expressa o art. 468 da CLT. Então, consideram-se nulas as reformas diretas ou indiretas do contrato de trabalho que prejudiquem o trabalhador, independentemente do elemento subjetivo. Há uma presunção legal de coação, de que o empregado não podia agir de outro modo ao aceitar as alterações lesivas.

Em verdade, ambos subprincípios são, na expressão de Plá Rodriguez, “formas de aplicação” (1997, p. 42) do princípio da proteção, mais especificamente, formas de aplicação no tempo. De um conceito de direitos mínimos assume-se que direitos maiores possam sobrevir com o desenvolvimento da relação no futuro (princípio da norma mais favorável), ou provir de seu passado (princípio da condição mais benéfica<sup>2</sup>). Analiticamente, trata-se de deduções do princípio da proteção na dimensão temporal. As previsões básicas na Constituição da OIT, por exemplo, não afetam lei, sentença, costume ou acordo mais vantajoso, sejam concomitantes, futuros ou pretéritos, indistintamente (art. 19, alínea 8<sup>a</sup>).

226

Os desdobramentos do princípio tutelar não se esgotam nos princípios recém-nomeados, do qual se extraem, na expressão de Arnaldo Süssekind, outros “filhos legítimos” (1999, v. 1, p.154):

(c) A doutrina embrulha a técnica utilizada, das normas cogentes, com o chamado princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade, visto que o domínio de regras jurídicas obrigatórias impede o despojamento de direitos, conforme o art. 9º da CLT (SÜSSEKIND, 1999, v. 1, p. 153; BARROS, 2011, p. 146; DELGADO, 2012, p. 196 s.). As regras dispositivas rarefazem-se bastante no corpo das leis trabalhistas (*verbi gratia*, art. 472, § 2º, CLT). A técnica da irrenunciabilidade está essencialmente entrelaçada ao princípio da proteção, reconhece Plá Rodriguez, porque não existiria um nível mínimo de direitos, que se considera essencial para a realização da justiça, se ele fosse deixado ao

---

<sup>2</sup> Sabe-se que o jurista uruguaio identifica, ainda, uma terceira forma de aplicação, denominada *in dubio, pro operario*, a qual congrega a dimensão interpretativa do princípio da norma mais favorável com uma dimensão processual, de avaliação da prova (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p. 44, 48). No direito brasileiro, no entanto, o princípio protetivo não supre deficiências de prova cujo ônus competia ao empregado, conforme a legislação (art. 818 da CLT), a jurisprudência (RR 141-42.2010.5.08.0124/TST) e a doutrina majoritária, que descarta, então, autonomia e a relevância desse subprincípio (DELGADO, 2012, p. 207 e 231).

arbítrio das partes (1997, p. 72).

(d) Igualmente, acompanhando as lições do jurista uruguaio, o princípio da continuidade visa preservar a relação empregatícia, nos quais os poderes jurídicos são desigualmente distribuídos, por meio de algumas presunções favoráveis aos direitos do empregado, como a presunção de duração indeterminada do contrato, de demissão injustificada, entre outras (1997, p. 139 e 143).

(e) Ultimando, o princípio da primazia da realidade pode ser descrito como uma prevalência das normas imperativas contra possíveis intentos de evasão ou desvio de efeitos por meio de documentos ou formalidades (1997, p. 229). A primazia da realidade não pode ser alegada, inclusive, para afastar os direitos previstos contratualmente, já que ela não afasta um desajuste entre a ficção de um documento e o dado da realidade, mas, sim, um desajuste com a norma mais favorável, no caso, um compromisso contraído. A norma legal ou contratual marca o nível jurídico de proteção, cuja infração não pode ser homologada pela invocação de fatos posteriores. Portanto, conclui Plá Rodriguez, os fatos podem somente denunciar a existência de uma norma mais favorável, quer dizer, a existência de um acordo tácito mais favorável, porque, se o contrato se cumpre de determinada maneira mais favorável, as duas partes nisso consentiram (1997, p. 235 e 237).

Na trilha do princípio da proteção, foram apresentados os subprincípios da norma mais favorável, condição mais benéfica, irrenunciabilidade, continuidade e primazia da realidade. Outros subprincípios poderiam ser explicitados. Quão valiosas sejam essas nuances do princípio da proteção para precisar seu significado, a occamiana navalha da simplicidade as reconduz a uma única ideia, a saber, de normas cogentes que visam assegurar certos bens aos trabalhadores.

Podemos fixar, pois, a primeira tese acerca do princípio da proteção:

- (1) O princípio da proteção equaliza partes economicamente desniveladas ao assegurar aos trabalhadores, por meio de normas imperativas, determinados bens básicos, como horas mínimas de descanso, horas máximas de trabalho, etc.

A alavanca de leis protetivas precisa ser questionada, no entanto, a partir do momento em que o instrumento utilizado não distribua bens aos trabalhadores, mas basicamente os compense pelos bens suprimidos.

### 2.1.1 A justiça das leis trabalhistas

A questão acerca da proteção dos bens básicos dos trabalhadores carece de uma excursão ao conceito de justiça distributiva. Na terminologia aristotélica, as leis referem-se a todas as coisas com vistas ao interesse comum e justo, em sentido legal (*dikaion nomimón*), são os atos que produzem e conservam a vida boa da comunidade política (*EN*, 1129b15). A justiça legal possui um caráter geral pela abrangência de todos os atos; e um caráter total pelo favorecimento de todos; aos quais pode, ou não, se somar um caráter voluntário e disposicional – o que reintroduz o justo ou jurídico (*tò dikaion*), típicos do bom cidadão, no âmbito moral da justiça (*dikaiosýne*), como “virtude completa [...] em relação ao outro” (*EN*, 1129b26, 1130a13; BITTAR, 2005, p.138 ss.). Exemplificando, o ato de um homem bravo, como não fugir da batalha, caracteriza-se tanto como um dever moral de coragem, quanto como um dever de justiça legal, na medida em que se deve o ato objetivamente, como cidadão, aos demais membros da comunidade (*EN*, 1129b12; BARZOTTO, 2010, p.82). Na tripartição aristotélica, a justiça legal regula as relações do indivíduo para com a comunidade (BARZOTTO, 2010, p.91).

Enquanto isso, a justiça distributiva, assim como a justiça corretiva, faz parte da justiça em sentido particular, cujo critério não é dado somente pelo pertencimento à comunidade política, mas também pela igualdade (*dikaion íson*). Notadamente, ao se violarem as leis, atingem-se todos membros da comunidade e, possivelmente, este ou aquele membro especificamente. Somente sob a esfera pública da justiça legal, podem-se igualar as pessoas sob certos aspectos e por motivos específicos. A justiça legal guarda, pois, algo comum com a justiça distributiva, a regulação da relação entre cidadãos; porém, distancia-se em algo, pois a justiça distributiva regula a relação de cidadãos que, ao mesmo tempo, são sujeitos relativamente iguais ou desiguais (*dikaion dianemetikón*). A justiça legal define, de um lado, o devido pelo indivíduo à sociedade para que alcance o bem comum; a justiça distributiva define, de outro, o

devido à pessoa para que alcance o bem individual (BARZOTTO, 2010, p.65). Assim, a justiça distributiva regula a relação da comunidade para com o indivíduo na distribuição de bens e encargos, por exemplo, a cada um segundo o mérito, a cada um segundo a necessidade, a cada um certa contraprestação mínima pelo trabalho, certa renda mínima, etc.

Ora, a relação de emprego pode ser sintetizada, segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, como a disponibilização de tempo a outra pessoa (art. 4º, CLT), em direta oposição à autonomia individual, que se define como o poder de autodeterminação das atividades e do tempo de trabalho (2005, p.462 e 565). As normas imperativas do Direito do Trabalho assegurariam, teoricamente, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada (art. 7º, XIII, CF). A norma constitucional distribui um tempo mínimo de autodeterminação aos empregados, por meio de limitação imperativa sua sujeição a outrem.

Contudo, as nulidades por infração às normas trabalhistas não permitem às partes retornarem à situação fático-jurídica anterior (*status quo ante*), ao contrário do que preceitua o Direito Civil (art. 182, do CC). A irrepetibilidade do trabalho humano inverte o critério civilista geral, em favor de uma irretroatividade dos efeitos da decretação da nulidade (DELGADO, 2012, p. 519). Não há retorno ao estado anterior e a cláusula contratual nula é simplesmente substituída por outra consoante à regra violada, ainda que se refira a elemento principal da relação, como a remuneração e a jornada (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p.154; MARANHÃO, 1999, v. 1, p. 258). Nesse meio tempo, o tomador de serviços beneficia-se da transferência e da apropriação do trabalho, numa situação econômica consumada de desequilíbrio entre as partes, que pode ser apenas corrigida com a condenação de pagamento ao prestador (DELGADO, 2012, p. 519 s.).

Nesse passo, a impossibilidade de devolução do trabalho afasta virtualmente a jornada máxima constitucional, pois a jornada extraordinária torna-se normal, desde que economicamente compensada, como inclusive positiva o art. 59 da CLT, critica Alice Monteiro de Barros, pela autorização de sobrejornada por simples acordo individual

(2011, p.525). Os direitos trabalhistas garantidos pelas leis protetivas não impedem a conversão em pecúnia do principal bem oferecido pelo empregado – o tempo –, assim como todos os seus demais bens: a integridade física, a integridade moral, etc. Na prática, ocorre uma tarifação legal do valor-tempo disponibilizado e do valor-trabalho prestado, ou senão um arbitramento judicial do valor-integridade perdido. A dependência prioritariamente de normas legais imperativas atira o ramo justralhista aos princípios de justiça corretiva, porque, em conformidade com a definição aristotélica, “desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos” (EN, 1131a1-5 e 1131b25).

A justiça corretiva (*dikaion diothótikon*) não distribui bens entre os indivíduos, mas busca a igualdade na diferença entre perdas e ganhos, em transações voluntárias ou involuntárias, mediante o recurso ao juiz (EN, 1132a5-20). Nela não importam, senão secundariamente, as qualidades pessoais do defraudador e do defraudado, porque não se tem em conta méritos, qualificações, distinções: “a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, se uma comete e a outra sofre injustiça” (EN, 1132a1-5). Sem dúvida, a correção não sucede por meio de uma retribuição exatamente igual, por exemplo, de trabalho por trabalho, mas por meio de uma proporção, de trabalho por dinheiro – do mesmo modo que, num contrato civil comum, “não são dois médicos que se associam para troca, mas um médico e um agricultor, e, de modo geral, pessoas diferentes e desiguais” (EN, 1132b20-30 e 1133a15). A qualidade de empregado e a incidência das leis celetistas interessam somente à definição do montante da compensação a que o trabalhador fará jus pela perda dos bens, não propriamente à distribuição desses bens. Isso atira o trabalhador novamente à condição de sujeito de uma relação de troca ou reparação, em vez de um sujeito com bens mínimos ameaçados pelas necessidades econômicas. Ao contrário do que parece à doutrina, a compensação pela violação de direitos trabalhistas não é uma razão distributiva.

### 2.1.2 O argumento “Wilt Chamberlain”

As leis trabalhistas brasileiras não fazem parte, como visto, da justiça distributiva e não distribuem bens aos trabalhadores. A estrutura de remuneração pelo trabalho realizado e pelos bens perdidos, senão a

desigualdade de forças da relação transforma a proteção legal em um sistema de justiça corretiva. Na medida em que inexista uma central distributiva, nem pessoa ou grupo intitulado a controlar todos os recursos, o conceito de justiça distributiva pode ser rejeitado. No máximo, defende Robert Nozick, podemos falar de justiça redistributiva (1974, p.149).

A justiça redistributiva é uma justiça corretiva das transações e aquisições voluntárias passadas: toma como parâmetro o que se esperaria ocorrer caso a injustiça nessas transações e aquisições não tivesse tido lugar. A justiça deixa de ser uma discussão relativa a um momento fixo no tempo – do que uma pessoa possui agora e agora – para ser uma discussão histórica. As circunstâncias e ações passadas criam intitulações jurídicas diferenciadas (1974, p.152 ss.).

Do contrário, se insistíssemos na imposição de um padrão fixo de distribuição, a liberdade humana sempre o frustraria. Para comprovar isso, Nozick apresenta o argumento “Wilt Chamberlain”, que se desenvolve numa situação hipotética de perfeita distribuição de riquezas. Sendo astro do basquete e muito demandado, Wilt Chamberlain contrata com seu clube que receberá vinte e cinco centavos por cada ingresso vendido para suas partidas; muitas pessoas compram as entradas e depositam os centavos numa caixa especial, já que vale bastante a pena, para elas, poder assisti-lo; em pouco tempo, Wilt Chamberlain adquire uma renda muito maior do que a média, maior mesmo do que a renda de todos os demais. Ora, se cada um pode escolher onde gastar seu dinheiro, nada impede que o gaste com cinema, barras de chocolate, comprando jornal, etc. Se opta por assistir Wilt Chamberlain e provoca um desequilíbrio na participação da riqueza igualitária, pergunta Robert Nozick (1974, p. 161), por que a nova situação seria injusta?

O argumento “Wilt Chamberlain” possui dois planos distintos: (a) por que motivo a justiça distributiva se resume a uma avaliação de transações e aquisições voluntárias e (b) de que modo devem ser avaliadas essas transações e aquisições.

(a) O argumento demonstra, em primeiro plano, que um princípio padronizado de justiça distributiva não pode se realizar sem uma interferência contínua ou periódica na vida das pessoas, para as impedir de transferir recursos como desejam ou para recolher seus

recursos, que outros lhes transferiram (1974, p.163). A tentativa de fixar um padrão distributivo recai, portanto, sempre no conceito de justiça redistributiva, o qual se vincula a um juízo histórico sobre a correção nas transações ou aquisições passadas: “princípios padronizados de justiça distributiva necessitam de atividades redistributivas” (1974, p.168).

O mesmo raciocínio pode ser espelhado nas relações de trabalho. Se alguém, a despeito da limitação da jornada diária, escolhe manter outro emprego para adquirir renda maior, preferindo outros bens e serviços ao lazer e às atividades que poderia desempenhar nas horas sem trabalho, pergunta Nozick (1974, p.170), por que esse desvio do padrão distributivo do tempo seria injusto? Se alguém, a despeito da propriedade que tem do próprio corpo, aceita dominações muito intensas por outras pessoas, por que esse desvio do padrão distributivo da propriedade de si mesmas seria injusto? Um jurista responderia, sem dificuldades, que o primeiro caso seria justo, porque a exclusividade da subordinação não acompanha necessariamente a relação de emprego; e injusto o segundo e passível de reparação, porque envolve bens inalienáveis. Vê-se que a avaliação sobre a justiça distributiva pode ficar restrita à justiça nas transações e aquisições, desde que abrangidas as injustiças passadas, ou seja, pode ficar restrita ao modo como um perfil distributivo veio à tona (1974, p. 232).

(b) Contudo, argumenta Nozick, qualquer limitação à transferência voluntária da força de trabalho, assim como da propriedade sobre si mesmo, é uma instrumentalização forçada, típica de uma escravidão forçada – pelo sacrifício ou uso do corpo da pessoa titular “para o atingimento de outros fins sem seu consentimento” (1974, p.31). É certo que, se fossem as transferências dos ativos a outros levadas a cabo de uma maneira irracional ou arbitrária, acharíamos isso perturbador – admite o filósofo estadunidense. Mas a justiça de um sistema de transições e aquisição pode ser mantida pelo reconhecimento de que a maioria das transferências é feita por razões. Não se exige que todos mereçam os ativos que recebem, mas que haja um sentido para uma pessoa transferir certo título a outra; que geralmente se possa ver o que pensa ganhar, a causa a que pensa servir, os objetivos que ajuda atingir. Porquanto as pessoas transferem títulos às outras de acordo com o quanto elas percebem nisso uma vantagem, não há motivo para as instrumentalizar em direção a fins

que não os seus, como escravas (1974, p.159).

Inobstante, a vedação radical à instrumentalização humana deixa em aberto a cada sociedade as regras do princípio da retificação das injustiças passadas, dada uma história política e social particular (1974, p.231). Nozick “não apresenta uma teoria precisa da base moral dos direitos individuais” (1974, p. xiv e 227). Logo, nesse segundo plano, o argumento “Wilt Chamberlain” demonstra simplesmente que, na medida em que reconheço a alguém o direito de decidir sobre seus próprios fins, não tenho o direito de os instrumentalizar em nome alheio. Do contrário, estaria forçando alguém a cumprir objetivos que lhe são externos. Se reconheço a alguém o direito de decidir sobre determinado fim – no exemplo, assistir a um jogar genial –, a compatibilização desse fim com fins conflitantes não pode ocorrer de maneira forçada – impondo um padrão distributivo igualitário –, mas somente por meio de transações e compensações orientadas historicamente.

Voltando às relações trabalhistas, reconhecemos o direito de os indivíduos escolherem suas ocupações não somente pelos futuros ganhos monetários, mas também pelas relações pessoais, oportunidades de desenvolvimento pessoal, segurança do posto de trabalho, tempo livre, etc. Nem todos querem as mesmas coisas, nem querem na mesma intensidade. O que impede que os trabalhadores desejem, então, que as tarefas numa empresa sejam divididas de um modo mais significativo, que resulte menos rotatividade e jornada menor, por exemplo, em vez de um modo mais eficiente sob viés mercadológico? Eles não poderiam aceitar desistir de alguma remuneração em troca de uma segmentação do trabalho mais favorável? Se os indivíduos podem escolher entre atividades remuneradas com base num conjunto variado de benefícios, por que empregados não poderiam escolher abdicar de certa remuneração para obter uma organização diferente das atividades? Da mesma forma, reconhecemos o direito de os indivíduos trabalharem mais com o objetivo de ter uma renda maior, então, pergunta Nozick (1974, p.248 s.), por que os empregados, em conjunto, não poderiam escolher ganhar mais em detrimento do seu tempo de lazer e com maior desgaste?

Ao reconhecermos aos trabalhadores a decisão sobre seus fins, não podemos impor forçadamente fins externos, como pretende

a maioria da doutrina, mas somente assegurar que possam atingir seus próprios fins, corrigindo a redução histórica e social da sua capacidade de escolha.

## 2.2 Segunda Tese

Ainda que assentado que as regras legais não garantam os bens básicos aos trabalhadores, possuem elas hipóteses de incidência e consequências que visam incrementar a onerosidade do trabalho extraordinário, insalubre, noturno, etc., ampliando a remuneração do trabalhador. A finalidade do Direito do Trabalho poderia ser, assim, verificável *a posteriori*, pelo valor final da mão de obra igual ou maior ao expresso no texto legal, como sustenta Süsskind (1999, v. 1, p. 143 s.):

Impondo mínimos de salários, limites máximos de jornada de trabalho, repousos remunerados obrigatórios, medidas de higiene e segurança do trabalho, compensações pela extinção dos contratos de trabalho etc. eleva, em nome do interesse social, o custo da produção, aumentando os encargos atribuídos aos empreendimentos econômicos.

Isso contém uma nova tese a respeito do significado do princípio protetivo:

(2) O princípio da proteção equaliza partes economicamente desniveladas ao assegurar ou ampliar, por meio de leis imperativas, o valor da força de trabalho.

Essa tese a respeito das leis protetivas pode ser questionada em duas perspectivas, se elas realmente mantiveram ou aumentaram o valor da força de trabalho no Brasil e se está de acordo com a finalidade do Direito do Trabalho.

### 2.2.1 O aumento da exploração da força de trabalho

As leis trabalhistas, supõe Maurício Godinho Delgado, são o principal e mais eficiente instrumento de redistribuição de renda na história do capitalismo (2012, p. 1386). Abrindo os olhos dos otimistas, a análise de Francisco de Oliveira revela que as leis trabalhistas serviram desde o período de desenvolvimento capitalista pós-anos 30 até a expansão pós-64, como um modo de igualar reduzindo, em vez de incrementar o

preço da força de trabalho (1977, p. 12 s.).

Ao mesmo tempo que a legislação propiciava a formação de um exército industrial de reserva nas cidades, conservava relações informais no campo e nas periferias, o que servia para baixar os custos de reprodução do trabalho. Os serviços realizados à base de pura força de trabalho no campo e na cidade, remunerados a níveis baixíssimos, serviam para transferir para as atividades de corte capitalista, uma fração de seu valor, garantindo a alta exploração da força de trabalho global (1977, p. 26). A legislação do trabalho destacou-se, segundo o economista paulista, como peça-chave destinada a expulsar o custo de reprodução da força de trabalho de dentro das empresas industriais ao “perpetuar as relações não capitalistas na agricultura e a criar um padrão não capitalístico de reprodução e apropriação do excedente num setor como o dos serviços” (1977, p. 33 s.).

Muito mais, a melhoria das condições de vida das massas trabalhadoras urbanas escondia um aumento da taxa de exploração: dados explicitam que vinte e cinco anos de intenso crescimento industrial, entre 1944 a 1968, não foram capazes de elevar a remuneração real dos trabalhadores urbanos em comparação com o aumento da produtividade (1977, p. 41 s.). O avanço da urbanização aumentava, concomitantemente, o custo de reprodução da força de trabalho (pela mercantilização do transporte, educação, saúde, etc.) e agravava o desnível em relação ao salário real: “tem-se aí um aumento da taxa de exploração do trabalho, sem necessidade de que esse aumento fosse ostensivamente dirigido no sentido de rebaixamento dos salários nominais” (1977, p. 46). Nessa realidade, as normas uniformes tiveram papel fundamental para manter os salários em nível reduzido, segundo Oliveira, porque “nenhuma empresa necessita determinar o preço de oferta da força de trabalho específica do seu ramo, pois tal preço é determinado para o conjunto do sistema” (1977, p. 43).

Os empregadores adoram a uniformidade, que lhes poupa o exame dos detalhes com os quais deveriam se ocupar se as regras fossem dirigidas aos interesses dos trabalhadores, em lugar de submeter indistintamente todos os trabalhadores às mesmas regras. A diferenciação de negociações coletivas é um estímulo para maiores avanços dos direitos

dos trabalhadores nas empresas e nos setores em que isso é possível. Quando a lei é uniforme para todos ou o acordo é uniforme para toda a categoria, também entende Nascimento, esses trabalhadores são prejudicados (2011, p. 196). Após expor dados econômicos semelhantes, sobre a tendência histórica no Brasil de redução do valor real dos salários, exclama Arion Sayão Romita (2003, p. 29) acerca do princípio de proteção: “é a proteção do amigo urso, presente de grego, abraço de tamandua...”!

Eis a razão dualista que Francisco de Oliveira critica na apreensão dos fenômenos econômicos no País, denominada por Romita de paradoxo da proteção trocada: protege-se quem não precisa de proteção e não se protege quem dela precisa (2010, p.1045). O desenvolvimento do capitalismo nacional transpõe o fenômeno econômico de uma legislação trabalhista que serve, de um lado, para igualar reduzindo os salários daqueles inseridos em setores dinâmicos da economia e que poderiam, por isso, reivindicar melhores condições e, de outro lado, manter a exclusão dos trabalhadores dos setores menos capitalizados e informais.

236

### 2.2.2 A insuficiência da justiça corretiva

À parte da crítica econômica e empírica (em cujos detalhes não podemos nos deter), aos juristas sempre parece que as compensações individuais superam de modo muito mais concreto as perdas e os danos dos afetados. Para profissionais habituados às lides individuais, mais impactante é uma crítica à tese de que as leis protetivas mantêm ou ampliam o valor da força de trabalho desde a perspectiva da finalidade dessa proteção jurídica. Por que haveria um equívoco em centrar atenção na maximização da compensação ao trabalhador num processo judicial, em vez de na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho?

Ilustrativamente, um sistema que permitisse o desrespeito à integridade física dos trabalhadores, desde que compensados ao final, não evitaria pessoas apreensivas, com medo de lesões e danos. Sob tal sistema, as vítimas poderiam até receber um reembolso, mas quem compensa todas as outras que não sofrem lesões, por seu medo? Se o sistema compensa um professor pelo tempo perdido em favor da instituição de ensino, quem compensa todos os demais que tem vocação para a

docência, mas temem a submissão a jornadas escorchantes? Há certos bens como a integridade física e psicológica, lazer, plano de vida, cuja perda ou frustração teríamos mesmo que soubéssemos que seríamos integralmente compensados. O medo comum faz com que a ocorrência e a aceitação desses atos de violação não sejam meramente uma questão privada entre partes injuriante e injuriada. A proteção jurídica dos bens mais importantes para os trabalhadores não pode ser levada a cabo, portanto, com tranquilizantes individuais, ou seja, com soluções jurídicas centradas na vítima das violações (NOZICK, 1974, p. 66 ss.).

Ninguém nega que a instituição do *habeas corpus*, que garante a cada um o direito à livre locomoção, vai muito além que uma compensação monetária pela violação individual do direito de ir e vir. As instituições trabalhistas deveriam focar, do mesmo modo, a efetividade dos bens fundamentais dos trabalhadores, pois a violação à liberdade de dispor do próprio tempo, assim como a violação à liberdade de ir e vir, apenas em parte pode ser compensada judicialmente. O sistema legal brasileiro mostra-se, em muitos aspectos, tão protetivo quanto à enunciação vazia da liberdade locomoção, sem o *habeas corpus* – nada garante de concreto, senão uma compensação pelos bens perdidos ao longo da relação de emprego.

Ainda que o princípio protetivo pudesse melhorar a situação econômica dos operários individualmente, as dependências, as alienações e os riscos do trabalho agravam-se sem um direito coletivo fortalecido. Em sua dimensão individual, os direitos trabalhistas inclinam-se contrariamente aos bens que protegem, em direção a um sistema de justiça corretiva e de uma litigiosidade crescente. O movimento operário foi transferido dos espaços comuns das assembleias, dos sindicatos, da rua, para os corredores dos Tribunais, onde se mobiliza – ridiculariza o sociólogo Ulrich Beck – em torno de ações tão expressivas quanto esperar, sentar, esperar mais um pouco, sentar outra vez (2011, p.124). Uma luta socialmente segura do trabalhador, após a extinção do contrato, por seus direitos individuais, aliena muito mais do que uma luta insegura da classe por seus direitos coletivos durante a relação de emprego e amplia as desigualdades sociais (2011, p. 140).

O diagnóstico não pode ser outro senão o descrito por

Nascimento: leis vazias de conteúdo objetivo, com elevados índices de descumprimento e de trabalho informal, provocando um volume de processos judiciais que, pela quantidade, não pode ser solucionado com brevidade e só muito tempo depois da ocorrência do conflito (2011, p. 53, 70). O favorecimento de normas estatais em detrimento das normas pactuadas coletivamente corrompe a justiça *ante factum*, preventiva à exploração do trabalhador, numa justiça *post factum* corretiva à exploração consumada. Se considerada a justiça muito *post factum* que vem se concretizando paulatinamente no País, pelos limites materiais e formais das vias judiciais, a concentração das discussões trabalhistas nas esferas estatais dificilmente se distingue de uma estratégia de perpetuação da exploração humana.

Não só é falso, pois, que as leis trabalhistas conservam ou ampliam o valor da força de trabalho, mas também que uma justiça corretiva satisfaça a finalidade de resguardar os direitos mais importantes para o trabalhador.

### 2.3 Terceira Tese

Apesar do desenvolvido até agora, há um limite no raciocínio. Alguém poderia insistir que as falhas apontadas se encontram na execução das leis – como se o País carecesse de um governo ou julgadores draconianos que, pelo terror, as finalmente implementassem –, ao invés de uma falha na própria concepção de ordenamento trabalhista centrado nas leis. Isso seria uma terceira tese:

- (3) O princípio da proteção equaliza partes economicamente desniveladas ao assegurar aos trabalhadores, por meio do temor de sanções severas, certos bens básicos, como horas mínimas de descanso, horas máximas de trabalho, etc.

A contraposição a essa tese depende da demonstração de por que o erro de deliberação sobre o ramo jurídico trabalhista não se encontra na coercibilidade de direitos particulares e imediatos, mas nos próprios conceitos e princípios aos quais os laboristas permanecem grudados. Nos tópicos seguintes, exponho por que o princípio da proteção se contrapõe às finalidades do Direito do Trabalho.

### 2.3.1 O neopatrimonialismo brasileiro

No Brasil, o Direito do Trabalho é uma das bases do neopatrimonialismo político e jurídico. Essa estrutura da sociedade pode ser descrita, conforme Simon Schwartzman, como uma forma de dominação gerada no processo de transição para a modernidade, com o passivo de uma burocracia pesada e uma sociedade civil fraca e pouco articulada (1988, p.14). A abordagem do neopatrimonialismo brasileiro sob os vieses sociológico, antropológico e jurídico contrapõe a atual configuração do poder estatal às finalidades do Direito do Trabalho.

O estudo de Schwartzman sobre as bases do autoritarismo brasileiro revela que a persistência desse padrão sociológico – de um Estado hipertrofiado, burocrático e ineficiente, simbioticamente ligado a uma sociedade debilitada, dependente e alienada – tem pouco a ver com a cultura política nacional, e mais com o sucesso de líderes políticos em manter seu poder, em detrimento da capacidade das entidades da sociedade civil em arregimentar forças próprias (1988, p. 63). O ponto central desse sistema de dominação da qual participa a organização do trabalho, identifica-se não exatamente na alienação da população, mas na concentração dos esforços sociais em torno do Estado (1988, p. 23).

Nesses termos, o neopatrimonialismo consiste num sistema de cooptação, quer dizer, num sistema de submissão das formas autônomas de ação à tutela estatal. O modelo de cooptação do Direito do Trabalho aflora pela tendência de todo e qualquer direito ou instituto trabalhista girar em torno do Estado – a tutela dos trabalhadores ocorre quase que exclusivamente por meio de instrumentos legais, administrativos e judiciais, em contraste com as formas autônomas de resolução dos conflitos. Ao mesmo tempo que proporciona direitos intangíveis e fora do embate civil e econômico, a centralização estatal limita o escopo do conflito político-econômico e estabelece estruturas de participação política débeis, sem consistência interna e capacidade organizacional própria (1988, p.67). No sistema neopatrimonialista brasileiro, pode-se assentar, com Schwartzman, que as leis trabalhistas não são uma forma de os trabalhadores melhorarem de vida, quer dizer, uma estrutura autocentrada nos trabalhadores; as leis trabalhistas são a própria vida de um corpo de burocratas, a quem compete determinar o rumo da vida

operária no país.

Um diagnóstico semelhante do rito autoritário brasileiro lança o antropólogo Roberto da Matta. Ele contrapõe as associações espontâneas às escalas hierárquicas da sociedade brasileira, cujo arranjo abafa a discórdia e os conflitos, ambicionando colocar “cada qual no seu lugar” (1997, p. 183 s.). Nessas escalas hierarquizadas e estanques, os indivíduos mantêm relações verticais seja por meio da invocação de um cargo e aplicando o “carteiraço”, seja por meio da projeção social sob autoridades e dizendo-se amigo, filho, conhecido de um senador, juiz, delegado, etc. (1997, p. 190). Daí o antropólogo capta o mote “você sabe com quem está falando?” como representativo dessa consciência social verticalizada e voltada à separação das posições sociais, em oposição ao individualismo e ao igualitarismo de uma consciência social horizontal: “*what do you think you are?*”, como reagem os norte-americanos contra aqueles que pensam ser superiores (1997, p. 197).

240

A relação dessa consciência social vertical com o Direito do Trabalho opera-se, seguindo o raciocínio de Roberto da Matta, de duas maneiras: (a) Diretamente, pelo controle das relações trabalhistas por pessoas em posições superiores, que reúnem em torno de si uma vasta “clientela”, o que dificulta o desenvolvimento de associações entre iguais e a formação de uma ética horizontal (1997, p. 194). (b) Indiretamente, por uma confiança em leis universalizantes: mesmo diante da drasticidade das leis trabalhistas, que são impossíveis de serem rigorosamente acatadas, alimentamos a esperança de as vermos finalmente implementadas e cumpridas. De fato, “julgamos [...] que a sociedade pode ser modificada pelas boas leis que algum governo venha finalmente estabelecer e fazer cumprir” (1997, p. 238). A rede de leis que não entrega os bens que promete abriga um paradoxo identificado pelo antropólogo carioca: “confiamos tanto na força fria da lei como instrumento de mudança do mundo que, dialeticamente, inventamos tantas leis e as tornamos inoperantes”. O sistema de relações pessoais que as regras pretendiam enfraquecer ou destruir torna-se mais vigoroso – temos, de fato, um sistema alimentando o outro (1997, p. 238). A crença em regramentos legais vastos e herméticos torna inoperante a atuação coletiva dos trabalhadores e a proteção aos bens mais básicos, fortalecendo sua dependência individual.

O quadro do autoritarismo brasileiro pintado por Schwartzman e Da Matta não destoa de parte da doutrina jurídica. Tomando a obra de Maurício Godinho Delgado, reconhece ele que a consolidação do Direito do Trabalho foi um modo de obstar a consistência das ações coletivas dos trabalhadores, porque estava voltada a sufocar as manifestações políticas ou operárias autonomistas ou simplesmente adversas à estratégia oficial. O desenvolvimento industrial e capitalista no Brasil não foi acompanhado de uma maturação da sociedade civil, mas de um período político autoritário e centralizador. As elites políticas tiveram sucesso em conservar o neopatrimonialismo no âmbito do trabalho e em amansar os conflitos próprios da sociedade civil (2012, p. 111 s.). O jurista mineiro vincula, assim, o modelo de organização do mercado de trabalho brasileiro a um padrão subordinado estatal, que tem como princípio o repúdio ao conflito privado. A extirpação do conflito privado emprega, como técnica de dominação, uma legislação minuciosa e a absorção dos conflitos coletivos pelo aparelho estatal, que tece a maioria das soluções práticas. As minúcias da legislação estatal antecipam e sufocam as alternativas que se poderiam, privadamente, estabelecer e restringem a participação da sociedade civil organizada. A linha condutora do padrão subordinado estatal continua sendo assegurar o contínuo impedimento da participação dos trabalhadores na decisão sobre as formas e os conteúdos da solução dos conflitos (2012, p. 102 s.).

A repressão às manifestações autonomistas do movimento operário perpetua-se por meio da legislação estreita e pelos sistemas de controle estatais. Disso não se isenta a Constituição de 1988, que conserva vários elementos autoritários (2012, p. 113). Por meio da organização sindical unitária (art. 8º, II, CF), do financiamento imperativo das entidades sindicais (art. 8º, IV, CF), e da cooptação de representantes sindicais no aparelho estatal, transfere para fora da classe o controle, a fiscalização e a direção de suas organizações e representações institucionais. Somando uma legislação formalista e obrigatória, o poder normativo da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, CF), a ação tutelar do Ministério do Trabalho, suprime o sindicato como local de normatização trabalhista. O exame de Delgado enfoca o deslocamento das finalidades do Direito do Trabalho para um sistema de gestão social, cujos mecanismos objetivam a redução do controle dos próprios trabalhadores sobre suas atividades,

lideranças e organizações (2012, p. 118).

Assim como pode ser acusada de arbitrária a esfera pública que abstrai das condições de produção e das condições materiais dos trabalhadores, da mesma maneira, pode ser denunciada a arbitrariedade de uma esfera pública que se dilata com vistas à cooptação e à dependência pessoal dos trabalhadores. A desigualdade que o padrão subordinado estatal retira das entidades representativas não serve aos próprios trabalhadores, sintetiza Romita: “o sujeito protegido, na realidade, não passa de mero instrumento para que a categoria dos protetores reivindique realce e destaque social” (2003, p. 25 e 30). As leituras sociológica, antropológica e jurídica convergem à conclusão que o Direito do Trabalho, enquanto encadeamento de um sistema neopatrimonialista, precisa ser superado, como uma condição necessária à finalidade de melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF).

### 2.3.2 A insegurança jurídica

A doutrina tradicional considera que o princípio da proteção antagoniza o princípio da segurança jurídica, nas palavras de Plá Rodriguez: “este princípio se opõe – desde o plano de sua formulação teórica – ao da segurança jurídica”. Obtempera, na tentativa de salvar a estabilidade das relações jurídicas, que a proteção “não dá direito [...] a substituir-se ao criador das normas. Tem um campo de aplicação limitado e, mantendo-se dentro dele, não conspira contra a segurança, porém assegura a eficaz e adequada aplicação das normas” (1997, p. 38). As imprecisões conceituais do jurista uruguaio – que em momento algum aborda esse “campo de aplicação limitado” do princípio da proteção – refletiram na doutrina e na prática forense. O princípio tutelar foi colocado em pé de guerra com a segurança jurídica e com a autonomia coletiva, como explicito com a discussão acerca dos subprincípios (a) da norma mais favorável e (b) da irrenunciabilidade.

(a) Pelo princípio da norma mais favorável, admitiu-se, nas palavras de Plá Rodriguez, uma “quebra lógica do problema da hierarquia das fontes, que altera a ordem resultante do modelo no qual as fontes se harmonizam em razão da importância do órgão de que provêm” (1997, p. 54). Nos termos de Delgado: “a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo a seu vértice a norma que mais se

aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista” (2012, p.1409). No discurso da doutrina tradicional, então, estar-se-ia conferindo a um decreto executivo mais favorável o poder de sobrepujar a lei, em violação aos limites de competência regulamentar (art. 84, IV, CF). Essa é uma consequência que os adeptos da hierarquia maleável das fontes jurídicas nem sempre estão dispostos a aceitar, afinal, como diz Nascimento, “as relações entre lei e regulamentações administrativas resolvem-se segundo o princípio da legalidade, de acordo com o qual não pode o regulamento extrapolar os limites estabelecidos pela lei” (2011, p.151).<sup>3</sup> Veladamente consagra o princípio da legalidade, por exemplo, a decisão do TST que confirmou a natureza indenizatória dos vales-transporte, estabelecida por lei (art. 2º, Lei nº 7.418/85), ainda que adimplidos na forma de pecúnia, a despeito da vedação estabelecida em regulamento (art. 5º, Dec. nº 95.247/87), que a converteria vantajosamente em salário.<sup>4</sup>

Tamanho deve ser aprevalência do princípio constitucional da divisão de competências ao princípio especial da norma mais favorável que ninguém imagina a possibilidade de violação da competência privativa da União para legislar sobre o Direito do Trabalho (art. 22, I, CF), como se os demais entes federados pudessem fixar leis mais favoráveis à lei nacional. Nesse sentido, ainda, o Supremo Tribunal Federal assegurou a competência das entidades sindicais em dispor inferiormente aos pisos salariais mínimos fixados por meio de leis estaduais.<sup>5</sup>

Também poucos estão propensos a negar, com base no princípio da norma mais favorável, o poder das convenções coletivas em estipular cláusulas menos vantajosas que as delineadas pela lei, como lhes autorizam os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal (DELGADO, 2012, p. 1313; BARROS, 2011, p. 104; NASCIMENTO, 2011, p. 79 s. e 151). Nesse sentido, a dinamização da ordem normativa ocorre também em épocas de crise econômica, quando os interesses da gestão empresarial

<sup>3</sup> Ao contrário Cláudia Saegusa aplaude a violação das atribuições constitucionais (2008, p.45).

<sup>4</sup> TST-RR-76000-43.2009.5.02.0261. Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, publicado no DJU em 21.09.2012.

<sup>5</sup> ADI 4391, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-6-2011

refletem sobre a hierárquica das normas, como reformula Nascimento: “não se trata de uma hierarquia fixa, mas dinâmica, cujo vértice não é a norma fundamental, mas aquela que, em cumprimento do seu natural ditame, confere maiores direitos para o assalariado ou excepciona em favor do empregador” (2011, p. 44). E repete, mais adiante, sublinhando que a norma aplicável nem sempre é a mais favorável: “o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto [...] sobrepondo-se o direito não estatal, mais benéfico ou menos benéfico, nos casos autorizados por lei” (2011, p. 324).

Ainda assim, muitos estão dispostos a fazer prevalecer as condições mais favoráveis estabelecidas em lei às normas constitucionais, por exemplo, o deferimento de todas as verbas trabalhistas mesmo quando declarado nulo o vínculo com a Administração Pública por violação ao concurso público (DELGADO, 2012, p. 522 s.). Noutro exemplo, de maior repercussão jurisprudencial, objetiva-se a responsabilidade civil do empregador (art. 927, CC), em avanço à necessidade de demonstração de dolo ou culpa, disposta constitucionalmente (art. 7º, XXVIII, CF). É que os intérpretes compreendem a expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput*, CF), como indicativa de que são mínimos os direitos definidos constitucionalmente, o que não impede uma configuração ou leitura mais vantajosa nas normas infraconstitucionais. Não lhes ocorre, claro, que a expressão “outros” não diz respeito aos próprios direitos constitucionalmente formatados, mas, sim, a direitos diferentes e com aqueles compatíveis – como esclarece Nascimento “sempre será prioritária a Constituição que pode referir-se *in mellius ou in pejus*” (2011, p. 152). Evidentemente, os direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores não podem ser antitéticos aos delimitados constitucionalmente (2011, p. 249).

A relação desigual pressuposta nas cláusulas gerais constitucionais dos outros direitos e garantias “decorrentes do regime” (art. 5º, § 2º, CF) – entre Estado e indivíduo – não se reproduz, sem mais, nos outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF). Diferentemente do Estado, o empregador possui direitos fundamentais que devem ser preservados – principalmente, o direito à livre iniciativa e à liberdade (art. 1º, IV; art. 5º, *caput*, e art.

170, *caput*, da CF). Por isso, a despeito da abertura a outros direitos, houve elenco expresso dos direitos mínimos no rol do art. 7º, a saber, o salário “nunca inferior ao mínimo” (inciso VII); a remuneração do serviço extraordinário “superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (inciso XVI), remuneração de férias com, “pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (inciso XVII), aviso prévio “no mínimo de trinta dias” (inciso XXI). Nos demais incisos não foram utilizadas tais expressões, não sendo, pois, normas mínimas superáveis. O intérprete máximo da Constituição Federal adota essa compreensão restritiva do vocábulo “outros” do art. 7º, *caput*, da CF. Assim, definiu o STF que o prazo prescricional trintenário para os recolhimentos do FGTS, mais favorável, violava o prazo constitucional previsto para as pretensões trabalhistas (art. 7º, XXIX, CF), entre os quais o instituto rigidamente se enquadra (art. 7º, III, CF). Negou, expressamente, a tese dos direitos mínimos:

[...] O princípio da proteção do trabalhador, não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho, não é apto a autorizar, por si só, a interpretação – defendida por alguns doutrinadores e tribunais, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho – segundo a qual o art. 7º, XXIX, da Constituição estabeleceria apenas o prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária, inexistindo óbice à sua ampliação, com vistas à proteção do trabalhador (REExt-Ag. 709.212/DF, Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014).

A jurisprudência do STF e mesmo a doutrina tradicional, ao lidar com decretos ilegais e com as autorizações constitucionais, evidenciam que a tese de simples superação da ordem hierárquica rígida viola a Constituição. Quando os decretos não podem ultrapassar as leis, nem as leis as normas constitucionais, e o convencido coletivamente pode reduzir vantagens legais, transparece o princípio da norma mais favorável suas deficiências na adequação do espaço deixado à norma hierarquicamente inferior para sobrepujar a norma superior. Nem sempre é fixado um limite mínimo superável. A identificação do quanto a lei pode ir além da Constituição Federal, o pacto coletivo além da lei, e o contrato individual além dos instrumentos coletivos não encontra nesse princípio balizas confiáveis.

(b) Sobre o princípio da irrenunciabilidade dos direitos

trabalhistas, Plá Rodriguez consagra a distinção entre normas rigidamente categóricas e as limitadamente categóricas quando há supressão por vontade intersindical, mesmo em prejuízo aos trabalhadores (1997, p. 83). Essas também são denominadas, por Delgado, normas de indisponibilidade relativa (2012, p. 1313 e 1417); por Nascimento, de normas de ordem pública social (2011, p. 280 ss.). Nisso a doutrina tradicional consegue captar, quase unanimemente, que a finalidade de melhoria das condições sociais do trabalhador e o princípio da norma mais favorável não necessariamente significam a melhoria do trabalho isolado, mas significam a melhoria do conjunto global das situações de trabalho (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p. 25 e 57; MARANHÃO, 1999, v. 1, p. 175 s.; DELGADO, 2012, p. 1310 ss.; NASCIMENTO, 2011, p. 323; SAEGUSA, 2008, p. 90 e 102). Ela abre espaço para a prevalência da teoria do conglobamento, que aplica a fonte que, no conjunto, for mais favorável aos empregados, como se deriva do art. 620 da CLT (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p. 58; DELGADO, 2012, p. 180 e 1411; SAEGUSA, 2008, p. 93).

Ao lado dessas considerações, porém, a doutrina tradicional conserva o equívoco de sustentar que essas normas limitadamente categóricas (indisponibilidade relativa ou ordem pública social) são excepcionais e, por isso, estariam sujeitas à interpretação restritiva (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p. 62; BARROS, 2011, p. 159 s.). Nos didáticos termos de Süsserkind, o prestígio à autonomia privada coletiva não passaria de “uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de proteção ao trabalho” (1999, v. 1, p. 209 e 215). Esse estreitamento da autonomia coletiva suporta a teoria parcial ou mitigada do conglobamento, defendido por muitos, segundo a qual se deve considerar, do que foi pactuado, somente os institutos ou as matérias mais favoráveis aos trabalhadores e, no mais, somente diante de expressa autorização para cláusula menos vantajosa (PLÁ RODRIGUEZ, 1997, p. 59; BARROS, 2011, p. 103; NASCIMENTO, 2011, p. 324). Na prática, as espécies de conglobamento são confundidas pela jurisprudência, por exemplo, quando, a despeito de convenção coletiva regulando as escalas de plantão, exige uma remuneração diferenciada para o trabalho em domingos e feriados (Súmula nº 444 do TST). Portanto, ao mesmo tempo que reconhece a capacidade dos entes coletivos de regularem os regimes de

compensação para a jornada semanal, nega sua capacidade para regular a compensação em domingos e feriados, para a qual impõe o regime legal restritivo (art. 9º da Lei nº 605/49). Logo, acolhe do convenicionado somente o que foi autorizado expressamente pela lei.

Nesse ponto, vem à tona um pretense tecnicismo do princípio da proteção, em detrimento da liberdade sindical, caricaturalmente enquadrada entre os princípios políticos, o que explicaria, segundo Plá Rodriguez, “sua maior ou menor aceitação [...], segundo a escala de valores vigentes em determinada circunstância histórica” (1997, p. 26). Ao contrário, entende o jurista uruguaio que “os princípios jurídicos [...] têm plena vigência e aplicação em todo país onde vigoram normas de direito laboral” (1997, p. 27). É o que manteria a “exposição num plano puramente técnico [...] terreno livre de toda contaminação política” (1997, p. 27); o princípio da proteção “vigora e é aceito em todo o Direito do Trabalho sem estar ligado nem condicionado a determinada concepção ideológica ou política” (1997, p. 33). Em seguida, desmente-se gravemente ao dizer que “a própria natureza do princípio o situa acima do direito positivo” e que o princípio da proteção é um “imperativo moral” (1997, p. 40), sem se impor a eventuais normas em sentido contrário. O breve esboço da obra de Plá Rodriguez denuncia o falso tecnicismo que subjaz à defendida excepcionalidade das normas de indisponibilidade relativa. Esse princípio que prioriza as normas legisladas às pactuadas pelas entidades representativas nem vige em todas as ordens jurídicas que adotam leis trabalhistas, muito menos independe de concepções valorativas. Já se aceita como regra geral, no Direito brasileiro, não poder se invocar o princípio tutelar para negar validade a certo dispositivo negocial inserida dentro da autonomia coletiva (SÜSSEKIND, 1999, v. 1, p. 216; DELGADO, 2012, p. 1338 s.; NASCIMENTO, 2011, p. 310). A dificuldade está, obviamente, em precisar até que ponto a ordem constitucional acolheu a autonomia coletiva.

A doutrina tradicional que ousa desmentir a prevalência excepcional das normas coletivas sobre as estatais mostra-se ainda, senão contraditória, muito restritiva ou obscura – por exemplo, Delgado inclui entre as permissões à negociação em prejuízo as parcelas “por natureza” relativamente indisponíveis, sem delimitar o conceito. O jurista mineiro elenca entre os absolutamente indisponíveis direitos mínimos,

como preceitos relativos à saúde e segurança do trabalho, pagamento do salário mínimo, anotação do documento profissional, dispositivos antidiscriminatórios (2012, p. 1313 e 1417). Esse “patamar mínimo civilizatório”, porém, seria composto pelas normas constitucionais em geral, pelas normas de direito internacional vigentes no direito interno e pelas “normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora” (2012, p. 1417). A vastidão e generalidade conferida por Delgado ao conceito de “direitos mínimos” acaba retornando, teórica e praticamente, à necessidade de autorização legal expressa para flexibilização pela vontade sindical, como para a ampliação dos intervalos intrajornada, por exemplo, autorizada pelo art. 71 da CLT (2012, p. 951).

Por sua vez, Nascimento enquadra entre as leis com absoluta inderrogabilidade pela negociação coletiva apenas aquelas graves, por exemplo, que protegem a vida, a saúde e a integridade física do trabalhador ou que proíbem discriminação de trabalhadores em razão de sexo, por motivos sindicais, de religião, de raça, etc. Em seguida, porém, volta a defender a necessidade de autorização legal para sobreposição das normas coletivas menos benéficas ao direito estatal (2011, p. 324). Nessa oscilação incompreensível, parece querer dizer somente que a autonomia coletiva teria deixado de ser um mecanismo unilateral de introdução de melhorias em nível coletivo, passando a um instrumento bilateral com conteúdo gerencial, concessivo ou recessivo, disposto a considerar as dificuldades e necessidades de ação conjunta sob o interesse da defesa dos empregos, mas desde que autorizada por lei (2011, p. 303 e 321).

A obscuridade não diminui com Martins, que reconhece, de um lado, que “não são apenas as hipóteses dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição em que é permitida a instituição da flexibilização de direitos”; de outro lado, complementa que a flexibilização dos direitos deve obedecer “à Constituição e à lei, quando prescreve direitos mínimos” (2015, p. 48 e 126). Se alguém não visualiza a contradição de imediato, o jurista toma a iniciativa de explicitá-la páginas adiante: “é mister a observância do mínimo legal e constitucional. Apenas em situações excepcionais, como as descritas na Norma Magna, é que seria possível estabelecer situações para pior” (2015, p. 135). Em pouco espaço de páginas, Martins sustenta duas posições absolutamente incompatíveis,

primeiro, que a Constituição confere à negociação coletiva um poder geral de conformação das regras de trabalho e, depois, que esse poder está limitado às situações nela restritivamente previstas.

Trai-se a doutrina tradicional, dessa forma, pela pressa em desautorizar a autonomia coletiva e pelos termos absolutamente genéricos, obscuros e mesmo contraditórios de que se vale para conservar, teórica ou praticamente, a necessidade de autorização expressa à negociação coletiva. Por meio de expressões disformes como “garantias básicas do trabalhador”, “normas de ordem pública”, “mínimo legal e constitucional” (MARTINS, 2015, p. 15, 125 e 135), ou ainda “demais previsões constitucionais” (SAEGUSA, 2008, p. 69, 99 e 102), “limites do sistema jurídico nacional” (SÜSSEKIND, 1999, v. 1, p. 214 s.), “patamar mínimo civilizatório” (DELGADO, 2012, p. 115), entre outras tantas, instrumentaliza-se a autonomia coletiva e mantêm-se vivo o autoritarismo no Direito do Trabalho.

Centremos na tese, compatível com essas correntes neopatrimonialistas, de que a delimitação das normas inderrogáveis deveria ficar restrita ao núcleo dos direitos fundamentais ou aos direitos que desempenham papel importante na vida da maioria das pessoas, em suma, direitos cuja falta de proibição afete bens normalmente considerados incompensáveis, como a saúde, a segurança, a integridade moral, etc. É o que relata, por exemplo, Cláudia Saegusa: “a maioria dos adeptos da corrente que aceita a flexibilização aponta dois assuntos de grande relevância e que seriam inderrogáveis pela negociação coletiva: as normas de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalhador” (2008, p. 98).

Ora, a possibilidade de descrição de certos bens como fundamentais para a maioria das pessoas é insuficiente para desclassificar os demais como fora da esfera de intervenção estatal. Isso porque bens de menor relevância e perfeitamente negociáveis para muitos trabalhadores – por exemplo, o intervalo de alimentação para aqueles que trabalham em escritório e preferem encurtar o término do expediente para chegar mais cedo em casa, pegar os filhos no colégio, frequentar a universidade, etc. – também pode cair sob a descrição de um bem normalmente considerado incompensável, mínimo, de grande relevância, de ordem

pública ou com estatuto constitucional – no exemplo, a saúde. O fato de algumas atividades favorecerem enfermidades não é suficiente para fazer deles ilícitos, porque qualquer coisa, como ficar muito tempo sentado, fazer muito esforço e até estudar excessivamente pode ser prejudicial à saúde. Se certas condições são prejudiciais à saúde, como a redução do intervalo de almoço ou determinado plano de vida pessoal, isso não autoriza, por si só, a intervenção estatal.

O que esse exemplo revela é que podemos classificar os bens dos trabalhadores de modo muito excêntrico, como também qualquer ação humana pode ocorrer em vista de diferentes bens. Ignorante a essas questões, a corrente conservadora repercute na jurisprudência, que nega a disponibilidade coletiva sobre questões triviais para muitos trabalhadores, ao argumento de que seriam bens constitucionais, fundamentais, de ordem pública, relativos à saúde e à segurança, ou algo semelhante. O que impede os trabalhadores de convencionarem intervalo menor e reduzirem o expediente, por exemplo, para que possam buscar os filhos na escola, para que frequentem cursos ou disciplinas universitárias à noite? Os trabalhadores são excluídos da decisão sobre essas questões para favorecer mecanismos unilaterais controlados por burocracias estatais, no caso, como o Ministério do Trabalho (art. 71, § 3º, CLT).

Os critérios rudimentares da doutrina e da jurisprudência criam obstáculos insuperáveis ao princípio da autonomia coletiva. Além de excluir os trabalhadores da decisão sobre suas condições de trabalho, impedimos empregadores de organizar e coordenar a empresa. O empregador objetiva com a negociação coletiva, bem apreende Vilhena, “a segurança na regular marcha da atividade empresária” (2005, p. 260). Que administrador em sã consciência está disposto a pactuar a alteração da estrutura de produção e vantagens aos trabalhadores, se corre o risco de torná-las definitivas ou de arcar com repercussões não previstas? Não há como planejar e conceber o futuro de um empreendimento – destaca Humberto Ávila – “se o espectro de consequências normativas atribuíveis a atos ou a fatos for muito amplo, ou muito discrepante, e o espectro de tempo dentro do qual haverá uma confirmação da consequência aplicável for muito extenso” (2012, p. 272). Há pouca calculabilidade dos efeitos jurídicos das obrigações acertadas, pela incapacidade de previsão dos limites da intervenção do Estado. Desse modo, a doutrina

e a jurisprudência conseguem concentrar nas entranhas estatais quase todas as discussões acerca das relações de trabalho.

A arbitrariedade torna o Direito do Trabalho inapto para atingir seus objetivos sociais e econômicos, porque as normas destinam-se a orientar comportamentos e, para isso, analisa Humberto Ávila, precisam ser compreendidas pelos destinatários (2012, p. 265). De um lado, escorando-se em preceitos vagos e voltando-se sempre às condutas passadas, o princípio da proteção não orienta a conduta dos indivíduos e impede sua capacidade de autodeterminação. De outro lado, as uniformizações regulatórias produzem muitas irracionalidades. Não faz sentido que mereçam a mesma contraprestação por horas *in itinere* um trabalhador que ganha em comodidade e economia ao dispensar transporte particular e outro que recebe salário mínimo e não teria alternativa alguma de transporte para o trabalho. Não faz o menor sentido que trabalhos intelectuais necessitem o mesmo tempo de descanso que trabalhos extenuantes. A compreensibilidade dos acordos e convenções coletivas pelos destinatários é muito superior à das leis celetistas não só pela inteligibilidade e acessibilidade das regras pelas partes interessadas, mas também pela relação direta que mantém com o contexto laboral.

Sob a perspectiva de compatibilização da melhoria da condição social dos empregados com a organização da empresa, as normas coletivas conferem maior consistência e acatamento aos bens protegidos. Elas servem à estabilização das relações entre capital e trabalho, à proteção das legítimas expectativas e à garantia de mudanças estáveis. O altíssimo nível de conflituosidade vivenciado ao nível jurisdicional resulta, pelo contrário, do Abílio entre intervenções estatais arbitraria-se a falta de cumprimento espontâneo das leis.

#### 2.4 Quarta Tese

A defesa dos princípios especiais do Direito do Trabalho, especialmente do princípio da proteção, em detrimento dos princípios gerais de direito, como o princípio da liberdade de associação ou o princípio da segurança jurídica, baseia-se num argumento lançado por Américo Plá Rodríguez, de que a autonomia do ramo jurídico disso dependeria: “o contrário importaria em negar a especificidade e

peculiaridade de cada ramo do direito e o caráter meramente supletivo ou subsidiário dos princípios gerais de direito” (1997, p. 13). Assim, pode-se identificar uma quarta tese a respeito do princípio da proteção:

- (4) O princípio da proteção tem primazia sobre os demais, do contrário haveria negação da especificidade e peculiaridade do Direito do Trabalho.

É enganosa a tese de aplicação subsidiária dos princípios gerais de direito, pois confunde direito especial com direito excepcional, cuja intenção é escapar as bases do ordenamento jurídico. O ramo trabalhista é reconhecidamente um direito especial, porque forma um sistema orgânico de normas que disciplinam as relações de emprego, não um direito excepcional, ensina Maranhão (1999, v. 1, p. 206). Também Vilhena posiciona-se firmemente: “no momento em que se fala em direito, como ramo da ciência jurídica ou como disciplina jurídica, sua dimensão exclui o caráter de excepcionalidade para configurar o da generalidade ou da especialidade. O direito especial não cinde a estrutura do ordenamento nem lhe quebra a harmonia geral” (2005, p. 112). Nascimento ressalta que o ramo específico não deixa de participar dos fins do direito genericamente, como a segurança jurídica (2011, p. 38). Assim, a disposição do art. 8º, parágrafo único, da CLT, de que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais desse”, refere-se aos demais ramos do direito, não aos princípios gerais do direito.

Em verdade, o próprio Plá Rodriguez acaba desmentindo a anteposição entre princípios especiais e gerais, ao reconhecer a propensão geral do direito de igualar as condições do economicamente mais débil e, assim, a variação meramente gradual entre os segmentos jurídicos: “esta tendência é hoje em dia comum a todo o direito e só se podem estabelecer diferenças quanto à importância que se deve atribuir a suas aspirações ou à força com que ela se faz sentir” (1997, p. 31). Com efeito, a doutrina considera o contrato de trabalho como uma espécie de contrato de adesão (art. 423 do CC), a qual o empregado adere praticamente sem discussão, porquanto prefixado em parte pela lei, pela convenção coletiva e pelo regulamento da empresa (VILHENA, 2005, p. 165; MARANHÃO, 1999, v. 1, p. 174 e 305; DELGADO, 2012,

p. 501; NASCIMENTO, 2011, p. 352, BARROS, 2011, p. 192). O Direito do Trabalho mira, assim como o Direito Civil, equilibrar o contratante ao contratado, conquanto seja acentuado o direcionamento teleológico à melhoria das condições de pactuação da força de trabalho (VILHENA, 2005, p. 110; SÜSSEKIND, 1999, v. 1, p. 114 e 122; DELGADO, 2012, p. 51 e 58). Ninguém nega, enfim, que os objetivos do Direito do Trabalho são solidificações de princípios mais gerais, como igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, que mais ou menos intensamente transparecem nas demais disciplinas jurídicas.

Nessa linha, Plá Rodriguez confortavelmente inclui os princípios da razoabilidade e da boa-fé entre os princípios específicos, como não cansa de reconhecer: “os princípios do Direito do Trabalho não têm por que ser necessariamente peculiares a este ramo jurídico” (1997, p. 251). E exemplifica: “este princípio de boa-fé tem no Direito do Trabalho um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal que existe neste ramo jurídico” (1997, p. 272). A identidade do ramo não está numa contraposição aos princípios gerais, mas num conjunto de princípios que não se reproduz nas demais disciplinas jurídicas, como conclui: “o que deve ser exclusivo – no sentido original e peculiar de cada ramo – é o elenco em seu conjunto, ainda que cada um dos princípios que o integram sirvam para mais de uma disciplina” (1997, p. 268-271). Portanto, a tese encampada por Plá Rodriguez é que os princípios especiais sobressaem como um conjunto aos princípios de outras disciplinas, e não às estruturas do ordenamento jurídico.

Isso não pode induzir ao erro de pensar que os diversos centros de regulação componham universos estanques e isolados, sem intercomunicação e sem correspondência entre os seus específicos pontos de tutela, sublinha Vilhena (2005, p. 316). O ponto de partida não são princípios adversários, mas complementares, entende Nascimento: “o direito do trabalho é um subsistema dentro do sistema geral e maior do Direito no qual nasceu e foi buscar a sua estrutura genética, e não há motivo para que seja contraposto ou anteposto ao direito comum [...]” (2011, p. 29).

Sem sombra de dúvida, não há mais ninguém que conteste a autonomia científica do Direito do Trabalho, aceita há mais de um século

pela doutrina especializada. A preocupação dos estudiosos que insistem no princípio da proteção, capta bem Romita, é uma posição política e filosófica de enfrentamento às transformações econômicas, sociais e jurídicas desse ramo jurídico especial (2003, p. 22). A doutrina tradicional manifesta um horror a um sistema trabalhista de corte liberal, como se ela significasse uma negação do Direito do Trabalho (DELGADO, 2012, p. 1266; MARTINS, 2015, p. 7). Por isso, depois de identificar o liberalismo com a desregulamentação das relações trabalhistas, obriga-se Delgado a repetir inúmeras vezes, *ipsis litteris* e em pouco espaço de páginas, a existência de compatibilidade entre a liberdade coletiva e um regulamento jurídico que a assegure (2012, p.1325, 1353, 1368, 1385 e 1393). O embaraço doutrinário advém da lassidão com que são abordados os elementos essenciais ao Direito Coletivo do Trabalho, em especial, os limites à intervenção estatal sobre o pactuado entre os entes representativos. A dimensão coletiva do Direito do Trabalho precisa combater, *grosso modo*, dois extremos que desvirtuam a liberdade do trabalhador:

(a) A liberdade poderia ser considerada exclusivamente como um atributo individual, como fazia a *Loi Chapelier* em 1791, na França. Ela proibía as associações sindicais porque as enxergava como uma conspiração ao trabalho livre. O mesmo ocorria na Inglaterra, com a interdição das associações sindicais pelo *Combination Act* de 1799. Se tomada como sinônimo de liberdade individual de contratar, torna-se a ingerência coletiva uma violação à liberdade.

(b) A liberdade poderia ser considerada como um atributo exclusivamente agremiativo e político, como na prática de *Union Shop* do direito norte-americano. Nela se obriga o empregador a somente manter empregados que se filiem a determinado sindicato, o que agride a liberdade individual de não se associar pela obstrução da continuidade no emprego sem filiação sindical. Se tomada como sinônimo de liberdade política de participação, torna-se a individualidade do trabalhador uma violação à liberdade.

A liberdade, enquanto poder de escolha, não é um atributo exclusivamente individual, nem exclusivamente coletivo. A possibilidade de uma dimensão política da liberdade, que se escora na autonomia e

na igualdade entre entes representativos, confessa Delgado, depende de “um conjunto de garantias jurídicas à efetivação, organização e fortalecimento sindicais” (2012, p. 1384). Toda aversão ao jurídico no âmbito sindical é fruto de desinformação, reclama Nascimento: “foram as leis que garantiram ao sindicalismo a estabilidade do dirigente sindical no emprego, a liberdade de organização dos sindicatos, o direito de greve e autonomia coletiva dos particulares” (2011, p. 164). Não faz sentido, continua o jurista paulista, declarar a liberdade sindical sem mecanismos jurídicos voltados ao resguardo dos interesses em jogo, como garantias aos dirigentes sindicais, sanções às práticas antissindicais e direito de greve (2011, p. 172 e 179 s.).

São regras como a interveniência sindical obrigatória na normatização coletiva (art. 8º, VI, CF), que evita uma negociação informal da empresa com grupos coletivos estruturados de modo episódico e desinstitucionalizado: sem as garantias especiais de emprego aos líderes, sem transparência negocial, sem a prevalência da maioria. Por um lado, deve existir a real possibilidade de recusa das condições oferecidas pelo empregador. A interveniência sindical obrigatória pode abrigar, por outro lado, abusos por parte das lideranças sindicais, caso se negassem a firmar acordo coletivo aprovado pela maioria dos empregados de uma empresa.

Existem comissões representativas desvinculadas dos sindicatos, ainda que não formalizadas, que são lugares legítimos de exercício de direitos sindicais, descreve Nascimento (2011, p. 173 e 195). Tão grave quanto o controle estatal das lideranças coletivas é a falta de controle dessas por parte dos próprios trabalhadores. Equivoca-se Delgado ao advogar a não recepção da autorização do art. 617, § 1º, da CLT de contratação direta entre empregadores e empregados diante da omissão ou recusa dos sindicatos, federações e confederações a celebrarem determinado acordo coletivo (2012, p. 1336 e 1399). O tema merece uma interpretação conforme a constituição: a omissão ou recusa permanece legítima na medida em que obedeça a decisão da maioria; a recusa que contraria uma decisão tomada no quórum legal em relação aos trabalhadores da empresa (art. 612 da CLT) autoriza a negociação coletiva independentemente do consentimento sindical, diretamente com comissão de empregados, como

já decidiu a SDC do TST.<sup>6</sup> De fato, continua Nascimento, não existe mecanismo melhor de representatividade para a negociação coletiva do que a própria eleição no âmbito da empresa (2011, p. 200). Esse direito à participação direta na gestão dos assuntos sociais por meio de comissão de empregados foi prevista expressamente para os lucros e resultados, assegurada a presença de representante do sindicato da categoria (art. 2º, I, Lei nº 10.101/00).

Outro mecanismo eficaz contra o risco de cooptação dos sindicatos ou das comissões representativas está na observância do apoio pelas centrais sindicais, uma vez que têm como objetivo a coordenação da representação dos trabalhadores, conforme o art. 1º, I, Lei nº 11.648/08 (NASCIMENTO, 2011, p. 181, 195; ROMITA, 2003, p. 35). Mesmo que não se reconheça às centrais sindicais formalmente o poder de negociação coletiva, fogem de todo ao modelo corporativista brasileiro e formam hoje as entidades líderes do sindicalismo ideológica, política e socialmente.

256

As comissões internas e as centrais sindicais habilitam o sistema representativo brasileiro a superar os efeitos nefastos da unicidade sindical (art. 8º, II, CF) e da estrutura rígida (art. 511 da CLT). A possibilidade de criação de comissões de negociação e de eleição pelos trabalhadores da empresa a favor ou contra certa medida garante o princípio básico da autonomia sindical: o direito de escolha. Essa breve análise sobre a interveniência sindical obrigatória demonstra, contrariamente à tese ora debatida, a imprescindibilidade do Direito do Trabalho num sistema liberal, com vistas à maximização da autonomia individual e coletiva.

## 2.5 Quinta Tese

A pesquisa sobre o melhor regime para as relações de trabalho é a arte do possível. Nela o ideal buscado não se equipara “a uma educação que exija aptidões e recursos especiais, nem a uma constituição política organizada a gosto”, como diria Aristóteles (*Pol*, 1295 a 25-31), mas a um modo de organização do trabalho que possa ser o da maioria.

---

<sup>6</sup> RODC - 670593-85.2000.5.15.5555, Relator Ministro: Wagner Pimenta, Data de Julgamento: 09/05/2002, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 30/08/2002.

Nesse ponto, torna-se imprescindível enfrentar aqueles que defendem o modelo rígido de leis trabalhistas pelos álibis da pouca representatividade de muitos entes sindicais e do risco de prejuízos que a negociação coletiva traz aos trabalhadores. É eloquente, nesse sentido, Plá Rodriguez, que defende sua teoria contra a modernização das relações trabalhistas, na terceira edição de sua obra (2000, p. 94):

Há ainda muitos setores trabalhistas não sindicalizados ou nos quais o grau de sindicalização é muito baixo. Por isso, justifica-se a manutenção do princípio de proteção para amparar e proteger todo o amplo setor trabalhista que não desfruta do respaldo sindical [...].

Isso representa uma nova tese sobre o princípio da proteção:

(5) O princípio da proteção impede que a negociação coletiva prejudique, em contextos de fragilização da organização sindical, os direitos dos trabalhadores.

Essa tese sustenta o princípio da proteção na medida em que, conquanto insuficiente e defeituoso, ainda seria a melhor modo de regulação das relações trabalhistas para o Brasil. O raciocínio desenvolvido nos capítulos precedentes requer a desconstrução desse pretexto de fragilidade sindical.

### 2.5.1 A apatia dos trabalhadores

Há dois círculos viciosos no argumento da falta de representatividade dos sindicatos e na conservação de direitos vinculados a interesses e favores alheios aos da entidade representativa, (a) um relativo às habilidades políticas, (b) outro relativo à capacidade de congregar interesses:

(a) Os defensores do princípio da proteção esquecem, primeiramente, que é difícil para alguém ser treinado corretamente para as atividades públicas e representativas sem as poder praticar cotidianamente. Ainda que os trabalhadores hipoteticamente recebessem uma formação cívica exemplar desde a juventude, precisariam continuar as mesmas práticas e estar habituados a elas quando se tornassem adultos. É lição célebre de Aristóteles de que, no que toca à correção das ações morais e políticas, tudo depende dos hábitos (*EN*, 1179b32-1180a3). Também é impossível, ou muito difícil, ser um bom avaliador do desempenho em

uma arte que não se praticou (*Pol*, p. 1341 a 5). Daí o círculo vicioso de se imaginar que homens excluídos do hábito de se dirigirem por si mesmos possam conseguir escolher bem aqueles que os devem conduzir. Nada leva a crer que boas decisões ou bons representantes algum dia possam sair de pessoas politicamente dependentes – conclui Alexis de Tocqueville (1977, p. 533).

(b) A organização do trabalho brasileiro aproxima-se dos países autoritários, no sentido que cabe aos sindicatos e às empresas, basicamente, cumprir as diretrizes estabelecidas pelo governo. Eles não podem divergir ou dispor diferentemente das regras legais, porque, o princípio de poder não se localiza na sociedade, mas no Estado. Nesse meio tempo, as convenções coletivas – que deveriam ser, originalmente, os meios e técnicas adequadas de equacionamento das aspirações e dos choques de interesses entre os contendores sociais no sistema regido por forças privadas – perdem sua razão de ser e viram uma irrisão. Então, descobre Vilhena outro círculo vicioso no argumento da falta de representatividade: a afirmação dos grupos organizados, em associação, não possui qualquer finalidade enquanto o Estado jogue com a sorte dos indivíduos tendo, por escopo o destino do próprio Estado – ilusoriamente, claro, pois se trata de uma abstração dos interesses politicamente dominantes (2005, p. 32).

É difícil imaginar um movimento sindical relevante sem conflitos internos. Há conflitos de disputas de representatividade, de defesa dos interesses antagônicos e outros mais, que parecem fragilizar a capacidade dos trabalhadores de se contraporem às entidades patronais. No entanto, se a vontade de ascender política e economicamente pode, momentaneamente, levar certos homens a guerrear, o mesmo desejo aproxima uma multidão de pessoas que sempre teriam permanecido estranhas umas às outras. Se ocorre que uma eleição divide acidentalmente dois amigos ou duas facções sindicais, o embate político leva muitas outras pessoas a emprestarem-se mútuo apoio, finaliza Tocqueville: “a liberdade cria ódios particulares, mas o despotismo faz nascer a indiferença geral” (1977, p. 389).

Na lição dos clássicos, como de Tocqueville (1977, p. 413 e 515), não existe nada mais pernicioso para um regime democrático do

que a apatia das pessoas, seja pela falta de habilidade, seja pela falta de interesse, em relação aos assuntos comuns. Segundo Aristóteles, a apatia é um vício típico do escravo, porque consiste numa insensibilidade e numa incapacidade de autodefesa, na boa vontade em aceitar insultos para si e negligenciar insultos aos amigos, familiares, concidadãos (*EN*, 1126a7). De fato, como construir uma ordem política livre com sujeitos que não têm o hábito ou a capacidade de defender seus interesses comuns? Também provocava Tocqueville (1977, p. 80): “como fazer sobreviver a liberdade nas grandes coisas a uma multidão que não aprendeu a servir-se dela nas pequenas?”

Enfim, o princípio da proteção não é a consequência de um contexto de fragilização da organização sindical; ele é causa da fragilização sindical. O distanciamento dos trabalhadores de seus interesses comuns faz grande parte de suas associações não viver, mas vegetar às custas do imposto sindical.

### 2.5.2 A sociedade de riscos

A sociedade vive uma mudança estrutural e uma descontinuidade do sistema empregatício, marcada pelo desemprego em massa, subempregos, automação. O fantasma do desemprego, que sempre e novamente ressurgiu com os anos, passa a rondar – relata Ulrich Beck – até as fortalezas educacionais, antes consideradas garantias de emprego: medicina, direito, formações técnicas (2011, p. 218). No sistema capitalista contemporâneo, as margens da relação de emprego padrão são flexibilizadas: contrato de trabalho, local de trabalho e jornada de trabalho, que delineavam claramente, no espaço e no tempo, trabalho e ócio, emprego e desemprego (2011, p. 207). A organização das empresas torna-se descentralizada, o que relaxa as regras de comparecimento, como no trabalho eletrônico em casa. A microeletrônica tem potencial de eliminar as necessidades de cooperação direta entre grupos com divisão funcional do trabalho. Ainda que a flexibilização espacial favoreça a soberania do trabalhador, transfere-lhe, ao mesmo tempo, os riscos à saúde física e psicológica, além de escaparem ao controle público as normas de segurança. Embora permita a combinação de trabalho profissional e doméstico, acaba generalizando o subemprego. Também a partição da jornada de trabalho permite a integração de desempregados

no mercado em jornadas reduzidas. O estabelecimento do volume de trabalho em razão das encomendas transfere, por fim, aos empregados os riscos do empreendimento econômico (2011, p. 214).

O sociólogo alemão Ulrich Beck descreve, em suma, que o sistema da jornada integral, organizado de modo fabril e ameaçado pelo desemprego vai sendo substituído por um sistema descentralizado de subempregos flexíveis e plurais, ameaçado pelas incertezas ocupacionais (2011, p. 209). A sucinta exposição das tendências do capitalismo contemporâneo serve para contextualizar os dois grandes modelos de reações político-jurídicas:

(a) A resposta da doutrina brasileira predominante aproxima-se da terceira tese do princípio da proteção: a imposição autoritária de padrões de emprego ultrapassados. Trata-se, nas palavras de Vilhena, de “uma postura fetichista e hierárquica dos operadores do Direito do Trabalho, que o aplicam num como *tour de force* para revertê-lo, indiscriminadamente, à década de quarenta” (2005, p. 549). Os intérpretes e aplicadores enxergam todo novo arranjo da relação empregatícia e toda nova relação jurídica como impregnada de fraude, denuncia o jurista mineiro, operando “incompreensível à indiscriminada, arbitrária e porque não dizer fanática e tendenciosa canalização de qualquer relação de trabalho, de qualquer contrato de atividade [...] para o agasalho da relação de emprego” (2005, p. 174).

(b) Ao contrário, o pensamento de Beck apresenta uma resposta que visa às garantias sociais dos trabalhadores sem se bater contra as evoluções socioeconômicas. A flexibilização dos padrões da relação de emprego e o enuviar entre emprego e desemprego podem assumir outras formas, não prejudiciais aos trabalhadores. As medidas seriam voltadas, por exemplo, à elevação da idade média de entrada no mercado de trabalho, à redução da jornada diária e semanal, ao aumento da duração das férias, ao incentivo à interrupção do contrato de trabalho para a realização de cursos de aperfeiçoamento (2011, p. 212). As sugestões do sociólogo tomam a flexibilização como ponto de partida para estancar as relações de emprego em padrões ultrapassados, mas para deslocar e mesmo aumentar as garantias sociais, inclusive aos excluídos da proteção trabalhista, como a instituição de uma renda mínima para todos cidadãos

(2011, p. 218).

Passando ao largo das possíveis inovações ao aparato disponível ao trabalhador individual – o que se mostra, em nosso país, senão uma missão impossível, uma missão perturbadora, reconhece Nascimento (2011, p. 388) – podemos centrar atenção no sistema de distribuição dos riscos. Por que grupos de trabalhadores não estabelecem empresas, se existem meios de acesso ao crédito, bancos de desenvolvimento, fundos sindicais? Porque é arriscado começar uma nova firma. Não se pode identificar facilmente um talento empreendedor e muito depende da estimativa de demanda futura e de disponibilidade de recursos, de obstáculos imprevisíveis, de sorte, e a série continua. Algumas pessoas não querem ou não podem correr esses riscos investindo ou suportando empreendimentos, ou iniciando seus próprios investimentos. A economia capitalista de mercado permite a separação do suporte dos riscos (NOZICK, 1974, p. 255 s.).

O sistema trabalhista individual está escorado na especialização da relação de risco. Os trabalhadores não suportam os riscos do empreendimento e, quando esse perde dinheiro, não devolvem parte de seu salário (art. 2º CLT). Eles recebem salário independentemente, por exemplo, das horas de trabalho socialmente necessário de um produto ou serviço, quantidade que surgiria somente após descobrirem quantas pessoas estariam dispostas a adquirir o produto ou serviço a certo preço e, possivelmente, resultaria em nada ou muito pouco, mesmo diante trabalhos extenuantes. Claramente, existem vantagens nesse sistema que permite a divisão de riscos que alguns não desejam suportar e permite o pagamento em uma quantia fixa, independentemente do desfecho do processo (NOZICK, 1974, p. 261).

Contudo, na medida em que os trabalhadores sintam que o empreendimento possa ter sucesso e clamem uma parte desse sucesso, devem suportar as perdas se houver fracasso. Se desejam partilhar dos lucros ou algum controle da organização da produção, devem correr também certos riscos. A Constituição Federal de 1988 conferiu liberdade aos sindicatos para modificação da lei em relação às cláusulas essenciais do contrato de trabalho com vistas ao sucesso do empreendimento. Havendo autorização constitucional para assumir, por meio de acordos

ou convenções coletivas, riscos em relação aos principais bens envolvidos no contrato de trabalho – o salário e a jornada, nos incisos VI e XIII do art. 7º –, dificilmente se compreende que se exclua a autorização para riscos menores. Os riscos proibidos sofreram regramento expresso no rol do referido dispositivo, por exemplo, a remuneração de férias com, “pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (inciso XVII), o aviso-prévio “no mínimo de trinta dias” (inciso XXI). Dessa forma, a negociação coletiva foi alçada constitucionalmente, arremata Vilhena, a “fonte hierarquicamente superior à lei ordinária para dispor sobre as duas cláusulas nucleares do contrato de trabalho, a remuneração e a jornada, de que decorrem subsequentemente as demais” (2005, p. 99).

Em especial, a Carta Magna não fez restrição ao salário-base dos empregados, de modo que a legitimidade da negociação coletiva alcança as demais parcelas com caráter salarial, como adicional noturno, salário variável, etc. (art. 457, § 1º, CLT), ressalvadas as expressas exceções constitucionais, quais sejam, o salário mínimo (inciso IV), o adicional de 50% para as horas extras (inciso XVI) e o adicional legal para atividades insalubres e perigosas (inciso XXIII). Tampouco autorizou o inciso XIII do art. 7º a compensação por acordo individual, ao contrário do que consagram o art. 59, § 2º, da CLT e a Súmula nº 85, II, do TST, pois, gramaticalmente, o termo “coletiva” em “acordo ou convenção coletiva” abrange também o acordo (MARTINS, 2015, p. 127 s.). Assim sintetiza Martins: “quando a Constituição explicita como um direito vai ser exercitado, esta especificação implica a proibição implícita de qualquer interferência legislativa do legislador ordinário, que não pode sujeitar a norma constitucional a outras condições” (2015, p. 131).

A prevalência do pactuado coletivamente sobre o legislado foi assentada pelo STF ao revolucionar o antigo entendimento preponderante no TST de que a quitação das parcelas e valores em planos de demissão voluntária ficava restrita ao constante nos recibos (superada OJSDI-I nº 270), não compensando créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente (superada OJSDI-I nº 356). A negociação coletiva pode com plena validade e eficácia a quitação de toda e qualquer verba decorrente de relação de emprego, em sobreposição à regra do

art. 477, § 2º, CLT, aplicável unicamente às relações individuais.<sup>7</sup> Se a negociação coletiva pode dar quitação a qualquer verba decorrente da relação empregatícia, está dispondo de modo amplo sobre as regras de regulação do trabalho e invertendo a antiga lógica da prevalência da vontade estatal sobre a vontade dos trabalhadores organizados em associação. Vê-se que dispositivos desbotados pelo autoritarismo estatal – como o reconhecimento das convenções coletivas (art. 7º, XXVI, CF), contido já nas Constituições Federais de 1946 (art. 157, XIII) e de 1967, mesmo após a EC nº 1/69 (art. 158, XIV) – ganham novo colorido.

Sinceramente, o princípio da irrenunciabilidade há muito não vigora na Justiça do Trabalho, mas somente no âmbito da negociação coletiva, enquanto se executa o contrato de trabalho, já que sempre se despiram dessas características no momento do ajuizamento e da conciliação. No acordo celebrado em juízo, desvela Romita, o resultado da transação engloba todas as pretensões obreiras em um só valor pecuniário: pela pacificação dos conflitos, tornam-se disponíveis individualmente o que eram direitos coletivamente indisponíveis (2003, p. 36, 38). O que eram direitos coletivamente indisponíveis se tornam direitos disponíveis individualmente, em favor também do causídico. A postura do STF é transferir o lugar da negociação para a sede do sindicato ou da empresa, onde há contato direto entre interesses legítimos, sem imiscuição de interesses de terceiros.

A própria legislação trabalhista indica, ao menos, a equiparação entre as disposições estatais protetivas e os contratos coletivos, postos lado a lado no art. 444 da CLT, para depois vedar as modificações pactuadas somente no tocante às diretrizes governamentais, ou seja, normas disciplinadoras da política econômico-financeira ou concernentes à política salarial vigente, como literalmente dispõe o art. 623 do mesmo *corpus*. Ora, essas exceções interpretam-se restritivamente, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (art. 6º LINDB).

Portanto, os limites à contratação coletiva remontam uma divisão muito diferente daquela entre normas rígida ou limitadamente categóricas, absoluta ou relativamente indisponíveis. É a bipartição sugerida por Süssekindentre (a) normas de índole impositiva ou proibitiva

<sup>7</sup> REExt 590.415/SC, Min. Luis Roberto Barroso, j. 30/04/2015.

de programas governamentais, que devem ser observadas tal como foram estatuídas, por exemplo, a obrigatoriedade da anotação do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social, a filiação do trabalhador à Previdência Social, os regulamentos do Ministério do Trabalho e Emprego para minimização dos riscos aos trabalhadores; (b) normas de índole complementar, que simplesmente estabelecem limites, abaixo ou acima dos quais não pode prevalecer o ajuste individual, como a duração máxima da jornada, o intervalo intrajornada mínimo, o adicional noturno, etc. (1999, v. 1, p. 209 s.). A jornada extraordinária está fixada numa duração máxima estrita, por exemplo, com diversificação autorizada por meio das entidades representativas. Elas podem negociar também a aquisição de equipamentos mais sofisticados e seguros para os trabalhadores, em troca de uma redução salarial ou de um sistema compensatório específico. As leis são flexíveis (normas complementares), salvo expressa disposição constitucional (como nos incisos IV, XVI e XXIII do art. 7º da CF) e os que instituem políticas econômico-financeiras (art. 623 da CLT).

264

Nesse meio tempo, a doutrina tradicional continua a pautar a discussão pelo que denomina “flexibilização *in pejus*”, a qual admite com o objetivo de ajustar as normas jurídicas às necessidades econômicas, aos momentos de crise, para evitar o desemprego (NASCIMENTO, 2011, p. 303; MARTINS, 2015, p. 131 e 154; SAEGUSA, 2008, p. 13 e 32). É obscurecedora a utilização desse termo, pois classifica como prejuízo a passagem, de regra, de certo ponto menos vantajoso para outro considerado mais vantajoso pelos trabalhadores. A expressão “flexibilização *in pejus*” faz referência a interesses claramente diferentes daqueles dos empregadores e empregados envolvidos e que se beneficiam da manutenção dos trabalhadores em certa condição fixada pela lei. Uma autêntica flexibilização *in pejus* poderia acontecer apenas em situações excepcionais, como a imaginada por Martins: “em certos locais, o patrão, o coronel, impõe a regra ao empregado ou ao sindicato [... onde] poderão ser feitos acordos muito piores do que a previsão da lei” (2015, p. 14). No entanto, o que parece ao jurista paulista, assim como parecia a Plá Rodríguez, um obstáculo da realidade social intransponível à primazia do negociado ao legislado, o Código Civil regula por meio das anulabilidades por vício de vontade, como a prestação excessivamente onerosa (art. 156)

ou desproporcional em razão de necessidade (art. 157).

No mais, o conteúdo do bem ou do melhor para os trabalhadores, ainda que objetivamente considerado, não prescinde das situações de vida de cada categoria, assim como são objetivamente diferentes cada situação de trabalho intelectual, trabalho exaustivo, necessidade de descanso maior, necessidade de sair mais cedo, vantagem do transporte particular, etc. É muito difícil acreditar que comerciários, mineiros, metalúrgicos, motoristas, farmacêuticos, aeroviários, serralheiros tenham as mesmas necessidades de descansos, transporte, compensação de horário, etc. Realmente, pode-se concordar que existem desejos que se mostram ruins diante de cada aspiração particular, como o desejo de um expediente menor, por exemplo, que acabe exigindo um almoço rápido – da mesma forma que o desejo de uma criança por um doce que se mostra, depois, amargo no gosto. Não se pode encarar os desejos dos trabalhadores, porém, como os de crianças. Os desejos dos trabalhadores devem ser tomados como princípio porque não há evidência mais forte a tomar como benéfico ou melhor do que aquilo que eles próprios sentem e percebem no desenvolvimento do contrato de trabalho. Se, uma vez saciada a fome, me obrigassem a continuar comendo, o desconforto e a dor cresceriam, até uma morte atroz. A vantagem desse bem não está na comida enquanto tal, mas na sua relação com meu corpo e com minha mente, da mesma forma, os bens dos trabalhadores. Os agentes estatais não possuem um sentido superior à experiência e à percepção dos trabalhadores para identificar o que é objetivamente melhor no contexto laboral de cada uma das categorias existentes. Portanto, aquilo que a classe demarca – em correspondência a sua situação laboral e aos seus próprios desejos – como fim do seu desígnio pode ser dito, como regra geral, a norma melhor ou mais benéfica, na forma disposta pelo art. 468 da CLT.

Assim, podem ser distinguidos os pressupostos para a intervenção estatal:

(a) O pressuposto objetivo prescinde de qualquer elemento voluntário para a caracterização da fraude, porque se baseia na natureza imperativa das normas, como consagra o art. 9º da CLT. Aos indivíduos trabalhadores não se reconhece a capacidade de tomar decisões acerca

do contrato de trabalho e, portanto, a capacidade de decidir contra uma cláusula ou alteração que lhes for desvantajosa. Há uma presunção *iure et de iure* de coação nas negociações do empregado, em razão de sua fragilidade econômica e social e, logo, de nulidade de cláusulas prejudiciais ou renúncias a direitos (SÜSSEKIND, 1999, v. 1, p. 219 ss.).

(b) O pressuposto subjetivo da regulação estatal depende da demonstração de vícios de consentimento ou de vício de representação para a configuração da fraude, porque se baseia, pelo contrário, no reconhecimento aos trabalhadores de, em associação, disporem sobre seus próprios fins. Ao reconhecer às organizações classistas o direito de decidir sobre seus próprios fins (art. 8º, *caput*, CF), o ordenamento jurídico retirou dos órgãos estatais a competência de apreciar a adequação das regras fixadas pelo legislador, transferindo-a aos próprios trabalhadores que dessas regras se servem.

A flexibilização dos obstáculos legais direciona-se à satisfação dos interesses dos trabalhadores. Ela lhes concede poder de escolha: se preferem trabalhar mais em troca de salários maiores, se preferem conservar seu posto de trabalho em situações de crise econômica, ou não, o qual aumenta na medida em que aumentam as regras legais para dispor, e diminui na medida em que diminui a possibilidade de disposição de regras legais. Por isso, devem ser tencionados os conceitos de flexibilização e desregulamentação, como faz Sússekind: enquanto “a desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador”, a flexibilização pressupõe as normas estatais – “precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexíveis ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação” (1999, v. 1, p. 212). Desde que se transfira para o âmbito coletivo, parece correta a formulação de Sússekind da finalidade do Direito do Trabalho: “a proteção e a tutela do trabalho não são mais do que um conjunto de normas jurídicas que asseguram ao trabalhador uma posição, frente ao empregador, em que possa defender seus direitos e interesses num mesmo plano” (1999, v. 1, p. 108).

### 3 CONCLUSÃO

A exposição precedente combateu as teses que suportavam a estrutura atual do Direito do Trabalho. Uma a uma caíram as suposições da ideologia do protetor e do tutelado, que não passam de outros nomes para dominante e dominado. Viu-se, ao longo da exposição, que nem asseguram os bens principais do trabalhador, nem mesmo aumentam o valor da sua força de trabalho. Como uma ideologia construída a serviço da dominação, o princípio da proteção leva o oprimido a venerar a função que lhe é interdita e a desprezar aquela em que se encontra. Ao final, não resta dúvida que as finalidades de igualdade substancial, de equilíbrio do relacionamento entre o homem que trabalha e as fontes que comandam a sua atividade, de mínimo de garantias, ou de patamar civilizatório mínimo, não são alcançadas por meio da prevalência de leis protetivas em detrimento da autonomia coletiva.

O ponto de partida da compreensão do Direito do Trabalho não pode ser outro que a renovação, na trilhada jurisprudência do STF, do antes desbotado reconhecimento constitucional de acordos e convenções coletivas – sobretudo quando a liberdade sindical abrange a negociação das cláusulas essenciais do contrato de trabalho, o que implica o poder de decisão também sobre bens menores. Nesse sentido, houve expressa fixação, no rol do art. 7º da CF, dos riscos proibidos de sopesamento coletivo – incisos IV, XVI, XVII, XXI e XXIII. A própria CLT equipara as fontes normativas, pareando-as no seu art. 444. O conteúdo da norma mais favorável aos trabalhadores, conforme o art. 468, não prescinde da avaliação da categoria. As vantagens conferidas pela lei não devem ser compreendidas em conformidade com um critério externo e arbitrário, mas, sim, em conformidade com o princípio da autonomia das preferências dos trabalhadores, esculpido no art. 8º, *caput*, da CF. O mais vantajoso aos trabalhadores deve ser considerado, em princípio, aquilo que eles próprios, enquanto categoria, sentem e percebem no desenvolvimento da relação de emprego. Veda o art. 623 consolidado, somente as modificações que concernem as normas instituidoras de programas governamentais. Enfim, o princípio não é a tutela, mas a autonomia.

A satisfação das finalidades igualitárias elencadas pela doutrina

depende, de um ponto de vista operacional, de normas heterônomas que alcem os trabalhadores a uma posição em que, coletiva e autonomamente, possam defender seus próprios interesses. As vantagens legais dão suporte à organização e à negociação por condições mais adequadas e interessantes aos trabalhadores, não aos que se alimentam da burocratização, judicialização e eternização dos conflitos. Não se justifica a conservação do estado de menor idade dos trabalhadores, quando eventuais abusos no exercício das liberdades coletivas podem ser contidos por meio de institutos específicos, como a anulabilidade por prestação excessivamente onerosa (art. 156 do CC) e a pactuação por meio de comissões de empregados (art. 617, § 1º, CLT). A interpretação do Direito do Trabalho, baseada na melhoria da condição social dos trabalhadores, no art. 7º, *caput*, da CF, pressupõe que a livre pactuação coletiva assuma, de vez, o centro do mundo jurídico trabalhista.

## REFERÊNCIAS

- 268
- ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- ARISTOTLE. **Nicomachean ethics**. 2. ed. Transl. Terence Irwin. Cambridge: Hackett, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2011.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BITTAR, Eduardo. C. B. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- DA MATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. por Arnaldo

- Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOZICK, Robert. **Anarchy, state, utopia**. Oxford/Cambridge: Blackwell, 1974.
- OLIVEIRA, Francisco de. **A economia brasileira: crítica à razão dualista**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.
- ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. In: **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.
- \_\_\_\_\_. Os princípios do direito do trabalho ante a realidade. **Revista LTr**, v. 74, n. 9, set. 2010.
- SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.
- SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/EDUSP, 1977.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutural legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.





# DISPENSA IMOTIVADA “MOTIVADA”: A (DES) NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NA RESILIÇÃO SEM JUSTA CAUSA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO

*Gabriel Borasque de Paula<sup>1</sup>*

**Resumo:** Na “dispensa imotivada” ou “sem justa causa”, o empregador limita-se a comunicar a intenção de pôr fim ao contrato, obrigando-se a quitar as verbas rescisórias e indenizar o obreiro pela ruptura antecipada, sem necessidade de informar ao empregado a razão de seu desligamento. Esse trabalho visa apontar as consequências dessa conduta para os patrões e trabalhadores, bem como as repercussões sociais daí advindas. Juridicamente, busca-se analisar a viabilidade de uma releitura do instituto da dispensa imotivada, após o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o direito-dever fundamental à informação, à luz da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

271

**Palavras-chave:** Dispensa imotivada. Direito de informação e transparência. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva proceder a uma releitura do instituto da dispensa imotivada do empregado (sem justa causa) que, atualmente, prescinde de qualquer fundamentação ou informação ao obreiro. Sob os auspícios da Constituição Federal brasileira de 1988 e os princípios, direitos e deveres ali consagrados – em especial o direito-dever de informação e transparência – não existiria a necessidade de se indicar ao trabalhador, no ato da dispensa, a razão específica de seu desligamento?

Partindo-se dessa premissa, quais as vantagens e desvantagens para o empregador dessa nova postura? E para o empregado? E mais: a

---

<sup>1</sup> MBA em Direito Empresarial pela FGV/SP, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela FDDJ/SP, Especialista em Direito Processual Civil pela UNESP, Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

aplicação dessa mudança de paradigma no cotidiano das empresas seria viável?

Os questionamentos apontados são fruto de uma análise prática e de uma reflexão teórica.

A análise prática diz respeito ao levantamento de dados estatísticos sobre a alta taxa de rotatividade do trabalhador no mercado brasileiro, além de breve explanação dos consectários daí decorrentes, seja para o trabalhador, seja para a empresa.

Nesse aspecto, impressionam os consideráveis valores despendidos anualmente pelo Brasil com o pagamento do benefício do seguro-desemprego aos empregados dispensados sem justa causa, superiores a R\$ 34 bilhões em 2015 (sem considerar o custeio de bolsas de qualificação e os pagamentos direcionados a pescadores artesanais, empregados domésticos e trabalhadores resgatados em condições análogas à escravidão), quantia essa que poderia ser redirecionada para outras demandas públicas, tais como saúde, educação, segurança e moradia.

272

Ainda, pretende-se perquirir a exequibilidade dessa nova concepção cultural afeta à informação, de modo a incuti-la na realidade dos agentes envolvidos, sob risco de inocuidade da reflexão proposta. Assim, como garantir a eficácia de eventual modificação legislativa ou interpretativa? Qual seria a sanção para o ato de não informar ao obreiro a causa do rompimento, ainda que não se trate de uma *justa* causa?

De outra banda, a reflexão teórica sugerida refere-se à novel interpretação constitucional que a doutrina e a jurisprudência têm dado aos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna, influenciadas pela Escola Constitucional Alemã.

Em contraponto à clássica ideia de verticalização desses direitos, originariamente concebidos para regular a relação entre o Estado e o cidadão, tem-se defendido a aplicação horizontal dos institutos, por meio da qual os contratos privados também seriam permeados pelos efeitos da norma constitucional.

Nesse diapasão, a questão que se coloca diz respeito aos limites dessa incidência. Quais os possíveis critérios de aplicação da norma constitucional fundamental? Como evitar distorções e até mesmo a

anulação da autonomia da vontade (base da relação jurídica privada) pela aplicação generalizada dos preceitos? Qual a contribuição da doutrina constitucional para viabilizar uma releitura do instituto da dispensa não motivada, à luz do direito fundamental de informação?

À luz dessas indagações, dois caminhos serão percorridos. Em primeiro lugar, serão apresentados dados estatísticos compilados pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) e pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), de forma a evidenciar as consequências da facilidade na ruptura antecipada do contrato de trabalho para patrão e empregado. Quer-se investigar se a extinção, a qualquer momento, e sem necessidade de informar os reais motivos ao obreiro, é benéfica ou nociva ao sistema e, neste último caso, se haveria alternativas.

Uma segunda dimensão da pesquisa será direcionada à investigação, em sede doutrinária, da possibilidade de se fazer incidir os direitos fundamentais previstos na CF/88 sobre o contrato de trabalho, bem como o modo e os limites dessa incidência.

Espera-se, na conclusão desse artigo, ofertar subsídios adicionais para a reflexão sobre as vantagens e desvantagens de se fundamentar a ruptura antecipada do contrato de trabalho (por prazo indeterminado), em consonância com o direito-dever de informação e transparência previsto no artigo 5º, XIV, da Carta da República.

## **2 DISPENSA IMOTIVADA OU SEM JUSTA CAUSA**

### **2.1 Panorama Atual**

O direito brasileiro admite, dentre as diversas possibilidades de extinção do contrato de trabalho, a chamada dispensa sem justa causa. Trata-se, tecnicamente, de hipótese de rescisão<sup>2</sup>, consubstanciando ato potestativo do empregador, cujo exercício “visa à modificação ou

---

<sup>2</sup> “Modo de extinção do contrato, por vontade dos contraentes (rescisão bilateral) ou de uma delas (rescisão unilateral). Convencional, nos contratos por tempo indeterminado ou, ainda, naqueles cuja execução não tenha começado”. In: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Dicionário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 678.

extinção de certa relação jurídica, limitando-se a contraparte a sofrer as consequências do exercício do direito pelo seu titular” (MARANHÃO, 1987, p. 208).

A arbitrariedade do instituto é severamente criticada pela doutrina especializada:

De maneira geral, em ordens jurídicas mais desenvolvidas (como grande parte das integrantes do continente europeu), a resilição unilateral do contrato empregatício por ato do empregador deve ser lastreada em motivo consistente. Ainda que esse motivo não consubstancie infração cometida pelo trabalhador (a qual ensejaria a resolução contratual por justa causa operária), ele deveria ser razoável, sério e socialmente aceitável (DELGADO, 2011, p. 1.099).

Nesse sentido é a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, no seu artigo 4º, dispõe:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (OIT, Convenção 158).

A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995, tendo entrado em vigor em 5 de janeiro de 1996. No entanto, foi denunciada logo em seguida, por meio do Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996. O governo brasileiro optou por encerrar o compromisso anteriormente firmado mediante alegações de perda de competitividade por parte do empresariado e divergências de aplicação e interpretação da norma pelos tribunais trabalhistas pátrios.

Assim, permaneceu no ordenamento jurídico a permissão para a empresa efetuar a denúncia vazia do contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Mediante prévio aviso, o empregador limita-se a comunicar o desligamento ao empregado, pagando-lhe suas verbas rescisórias e a indenização prevista no art. 7º, I, da CF, em cotejo com o art. 10, I, do ADCT (“multa” de 40% sobre os valores depositados na conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS).

## 2.2 Desnecessidade de informação dos motivos para ruptura

Importante consignar que o presente estudo não pretende abordar o mérito da Convenção nº 158 da OIT, no sentido de limitar a dispensa imotivada de trabalhadores a casos específicos ou hipóteses previamente estatuídas em lei.

Almeja-se tão somente uma reflexão acerca da ausência de informações em situações dessa estirpe, que, *prima facie*, parece destoar do art. 5º, XIV, da Carta da República, que assegura a todos o acesso à informação.

Sob esse enfoque, não haveria necessidade de se informar ao empregado, especificamente, a razão de seu desligamento? Não teria o trabalhador o direito de saber por que ele (e não outro) está sendo desligado da empresa? Essa falta de transparência não poderia ensejar uma dispensa injusta, impedindo o empregado de expor eventuais justificativas que, convencendo o empregador, preservariam seu posto de trabalho? Ou, ainda, a simples comunicação do desligamento não acarretaria, em certos casos, ocultação de motivos efetivamente discriminatórios?

De outra sorte, a empresa não teria, em decorrência de seu poder de gestão, a prerrogativa de dispensar quem e quando quisesse? E, mais, a partir do momento em que se exige uma explicação para a dispensa imotivada, não seria razoável fazer o mesmo no pedido de demissão? O empregado não estaria igualmente vinculado a expor os motivos da intenção de se desligar do emprego?

Os questionamentos elencados exigem respostas à luz da filtragem constitucional mais recente, proposta pela doutrina brasileira, com supedâneo em uma nova interpretação da norma constitucional e sua incidência, de modo direto ou indireto, na relação jurídica eminentemente privada – o que se dará mais adiante. Por ora, devem ser consignadas as repercussões sociais do sistema brasileiro em sua atual configuração.

### 3 REPERCUSSÕES SOCIAIS

#### 3.1 Alta taxa de rotatividade de empregados no mercado formal brasileiro

Uma das consequências mais sensíveis da facilidade para se dispensar trabalhadores é a alta taxa de rotatividade da mão de obra no Brasil. Com base no banco de dados da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) efetuou estudo pautado nas informações colhidas de 2002 a 2013, cujas principais conclusões merecem destaque.

Nesse contexto, as taxas de rotatividade descontadas (excluídos os desligamentos a pedido dos trabalhadores ou em razão de falecimentos e aposentadorias) oscilaram de 40,2%, em 2004, a 45%, em 2008, menor e maior valor da série apurada respectivamente. Em 2013, a taxa de rotatividade descontada foi na ordem de 43,4%

276

O estudo revela o predomínio, no Brasil, do emprego de curta duração, visto que, entre 2002 e 2013, 65% dos desligamentos ocorreram antes de se completar um ano de vigência do contrato de trabalho (dos quais 2/3 dizem respeito a motivações patronais). Cuida-se de índice assaz elevado, que permite algumas reflexões.

Em primeiro lugar, é sabido que as empresas utilizam o mecanismo da rotatividade para reduzir os custos salariais: dispensam-se empregados de maiores salários para se contratar profissionais com remuneração inferior (geralmente em início de carreira).

Ocorre que essa suposta “vantagem” engendra um vício significativo. É que a permanência no emprego por tão pouco tempo implica menor qualificação profissional que, aliada à ausência de sentimento de integração à empresa, tende a se tornar um fator fundamental para a baixa produtividade do empregado.

Ademais, enquanto a rotatividade implicar perda das conquistas negociadas pelos sindicatos de classe (uma vez que o trabalhador dispensado não fará jus aos benefícios convencionados), a empresa restará desmotivada a investir em seus colaboradores. Como conseqüência,

haverá trabalhadores medianos, que dificilmente atuarão em conjunto com o empregador no desenvolvimento de novas técnicas ou métodos de trabalho.

Há ponderar os casos em que o próprio trabalhador solicita o desligamento da empresa, na busca de melhores condições de trabalho ou de uma nova carreira. Contudo, no mais das vezes, a elevada taxa de rotatividade está intimamente relacionada aos profissionais de baixa qualificação (dispensados pela empresa, e não “a pedido”), que terão dificuldade na realocação no mercado de trabalho, ensejando um círculo vicioso difícil de ser rompido.

### **3.2 Despesas públicas: seguro-desemprego e políticas públicas de trabalho, emprego e renda**

A alta taxa de rotatividade no mercado de trabalho tem reflexos externos à relação de emprego. Além dos prejuízos diretos para trabalhador e empresário (consignados no tópico anterior), a facilidade em se dispensar empregados acarreta despesas consideráveis para o Governo e, por consequência, para toda a sociedade.

277

O principal indicador dessas despesas é o seguro-desemprego. Criado em 1986, pelo Decreto Presidencial nº 2.283, o instituto, atualmente regido pela Lei nº 7.998/90, tem por finalidade, conforme art. 2º, I, “prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo”.

Custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), o seguro-desemprego consubstancia um benefício mensal tabelado, pago ao obreiro dispensado imotivadamente, atendidos os requisitos legais de tempo mínimo no emprego, número máximo de parcelas, não estar em gozo de benefício previdenciário etc.

Em consulta ao sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), verifica-se o desembolso, em 2015, e apenas no tocante ao benefício decorrente de desemprego involuntário de trabalhador celetista, da quantia de R\$ 34.386.391.293,65 (trinta e quatro bilhões, trezentos e oitenta e seis milhões, trezentos e noventa e

um mil, duzentos e noventa e três reais e sessenta e cinco centavos), já consideradas eventuais restituições ao Erário.

Constata-se da série histórica (apurada pelo MTPS desde 1986) que os valores pagos a título de seguro-desemprego aumentaram anualmente, desde 1999, saltando de R\$ 14 bilhões em 2008, por exemplo, para quase R\$ 35 bilhões em 2015 (um incremento aproximado de R\$ 20 bilhões em apenas sete anos). Veja-se que nem sequer foram contabilizados, nessas quantias, os dispêndios relativos às demais modalidades de seguro-desemprego (bolsa-qualificação, empregado doméstico, pescador artesanal e trabalhador resgatado de condições análogas à de escravo).

Diante desse cenário alarmante, veio a lume a Lei nº 13.134/2015, que alterou a Lei nº 7.988/90 para estabelecer critérios mais rígidos para percepção do benefício, sem que tais modificações, por si, impliquem qualquer melhoria no quadro de rotatividade da mão de obra brasileira.

278

Portanto, conquanto não seja o único, o desemprego involuntário é o principal fator de desembolso dessa quantia bilionária, cujo redirecionamento para demandas públicas prementes (saúde, educação, moradia, segurança) seria salutar. Nesse sentido, a releitura do instituto da dispensa imotivada (concebido na década de 1940) é medida que se impõe, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

## **4 RELEITURA DO INSTITUTO APÓS A CARTA MAGNA DE 1988**

### **4.1 Breve retrospecto da dispensa imotivada: visão clássica**

A norma basilar do direito trabalhista brasileiro é o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Editada sob os auspícios do Código Civil de 1916 e da Constituição outorgada de 1937, a CLT prevê tanto institutos pioneiros para sua época quanto preceitos mais conservadores, que, hoje, requerem

nova abordagem. Nesse segundo grupo, inclui-se a sistemática da dispensa imotivada.

As tímidas disposições dos arts. 477 e seguintes, superadas ou complementadas pelas normas constitucionais posteriores (com destaque para o art. 7º, I, CF/88) denotam ser prescindível qualquer esclarecimento no ato da dispensa do empregado.

Tanto a lei quanto a Carta da República fazem menção tão somente ao pagamento de uma indenização compensatória, atualmente atrelada ao saldo existente na conta vinculada do FGTS à época da ruptura contratual.

Dessarte, jurisprudência e doutrina pátrias afirmam, com relativa tranquilidade, que a dispensa imotivada decorre do livre exercício do poder potestativo do empregador, sendo desnecessário, pela sistemática vigente, informar ao obreiro a razão da extinção contratual:

A regra geral das últimas décadas tem sido o critério da *dispensa desmotivada* (isto é, sem motivo jurídico relevante, embora, é claro, haja uma causa para a ruptura, que reside na só-vontade do empregador): trata-se, pois, da *denúncia vazia* do contrato empregatício, através da chamada *despedida injusta* do empregado. O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador – poder próximo ao absoluto, portanto –, desconsiderando todos os aspectos pessoais e sociais envolventes à dinâmica da extinção do contrato de trabalho (DELGADO, 2011, p. 1.057/1.058).

No entanto, superada a concepção individualista do direito, e tendo em conta a edição de diplomas normativos como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, todos pautados em preceitos de boa-fé, sociabilidade, eticidade, transparência, lealdade e informação, parece razoável que as normas anteriores, uma vez recepcionadas, sejam interpretadas à luz dessa nova sistemática.

Porém, de modo a não ampliar excessivamente os limites deste estudo, a nova concepção que se propõe será formulada tão somente à luz do art. 5º, XIV, da CF (que garante a todos o acesso à informação), sem

adentrar a discussão das cláusulas acessórias do contrato (de trabalho), por ser tema que foge aos módicos objetivos do presente artigo.

#### **4.2 A Constituição Federal brasileira e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais**

Notadamente conhecida como “Constituição Cidadã”, a Carta da República de 1988 foi democraticamente discutida e promulgada, vindo a lume ao término do conturbado período militar.

A Constituição vigente consagra extenso rol de direitos, das mais variadas matizes: garantias individuais, direitos sociais, normas de proteção contra o Estado, normas de atuação do Estado, princípios orientadores, objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil etc.

No que diz respeito ao presente estudo, mister se faz ressaltar a grande quantidade de direitos fundamentais (de índole trabalhista, inclusive) consignados textualmente na CF (com destaque para os artigos 7º a 11), bem como a ausência de norma impeditiva de sua incidência *inter* privados.

Dessa forma, muitas das discussões travadas em outros países acerca da possibilidade de incidência de efeitos da norma constitucional nas relações entre particulares tornam-se inócuas no caso da Constituição brasileira.

Nessa toada:

Após a promulgação da Constituição alemã, em 1949, para que fosse possível fundamentar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais era necessário superar a tese dominante naquele momento, segundo a qual somente os Poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – estariam vinculados àqueles direitos. Essa tese segundo a qual os direitos fundamentais seriam apenas direitos de defesa dos cidadãos contra possíveis violações do Estado, como visto acima, tinha, no contexto alemão, um forte argumento complementar. A constituição alemã, em seu art. 1, III, prevê *expressamente* que os direitos fundamentais “vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Ocorre que a expressa nomeação dos poderes estatais como os únicos destinatários das normas de direitos fundamentais não se repete na Constituição brasileira. Não há nada no texto constitucional

brasileiro que forneça indícios nesse sentido e que exigisse, por consequência, um recurso a uma ordem de valores para extrapolar uma limitação constitucional textual, como ocorreu no caso alemão (DA SILVA, 2011, p. 140/141).

Portanto, partindo-se da preocupação inicial deste trabalho (que visa revisitar o instituto da dispensa imotivada de empregado), é possível firmar três premissas: a) não há lei que obrigue o empregador a informar a razão do desligamento ao seu empregado; b) a sistemática da dispensa não motivada foi idealizada há mais de setenta anos; c) a Constituição da República assegura direitos ditos fundamentais (art. 5º, por exemplo)<sup>3</sup>, originalmente concebidos para regular a relação Estado *versus* cidadão.

Assim, o cerne do debate pode ser sintetizado da seguinte maneira: os direitos fundamentais têm aplicação nas relações entre particulares? Em caso afirmativo, quais os modelos de aplicação propugnados pela doutrina? E, de maior relevo para este estudo: mesmo diante da inexistência de norma expressa, e considerando a superação da sistemática da CLT pela ordem constitucional posterior a 1988, é possível afirmar que o direito fundamental à informação tem incidência no desfazimento do contrato de emprego? De que maneira?

Inicialmente, impende destacar que a doutrina brasileira, na esteira do direito comparado, parece ter assimilado a ideia de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (“eficácia horizontal”).

Cite-se, por todos, o magistério de Willis Santiago Guerra Filho:

É nesse contexto que se supera, igualmente, a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias *individuais*, liberdades públicas, voltados exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão somente abster-se da prática de atos que os ameçasasse ou violasse. Atualmente, não apenas se concebem os direitos fundamentais

<sup>3</sup> “Como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte”. In: LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 739.

como dotados de um aspecto prestacional, a exigir ações por parte do Estado para implementá-los, mas também, sendo o que aqui nos importa particularmente destacar, se atribui a tais direitos uma *eficácia reflexa*, ou *eficácia perante terceiros* (*Drittwirkung*), tornando-os aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados, de modo especial na forma de “poderes sociais” (*soziale Gewalten*), representados por grandes organizações da sociedade civil organizada e/ou do setor empresarial [...]. GUERRA FILHO, 2003, p.534)

Logo, assumindo-se a possibilidade de irradiação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, imperioso discorrer brevemente sobre os critérios dessa incidência.

#### **4.3 A incidência dos direitos fundamentais entre os particulares: principais critérios**

A doutrina avançou significativamente no estudo do tema nos últimos anos. A possibilidade de os direitos fundamentais (originariamente concebidos contra o Estado) também permearem as relações *inter* privados é hoje aceita majoritariamente. O debate, porém, gira em torno do modo de aplicação e incidência desses direitos. Se os direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações entre os particulares, como se dá essa irradiação?

Virgílio Afonso da Silva enumera algumas teses, com destaque para: a) negação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas (antítese); b) efeitos indiretos de Dürig; c) aplicabilidade direta de Nipperdey; d) equiparação das ações privadas às ações estatais e imputação (*State Action* e tese de Schwabe); e e) modelo em três níveis de Robert Alexy. Ao cabo, após consignar críticas às correntes citadas, o autor propõe um “modelo diferenciado” (DA SILVA, 2011).

A primeira tese é, com efeito, verdadeira antítese.

Seus defensores (que não são muitos, frise-se) sustentam a ideia clássica de que os “direitos fundamentais são, única e exclusivamente, direitos dos cidadãos contra o Estado. Assim sendo, não produzem eles efeitos nas relações dos particulares entre si” (DA SILVA, 2011, p. 71).

Pautam-se, ainda, na suposta inexistência de hierarquia entre o direito privado e a constituição (tese sustentada por Uwe Diederichsen) e na provável confusão metodológica entre situações de fato e de direito (posição defendida por Suzette Sandoz) (DA SILVA, 2011, p. 71-4).

A corrente doutrinária que atesta a incidência de efeitos indiretos (dos direitos fundamentais na relação entre particulares) é capitaneada por Günter Dürig. Parte-se da existência de um “direito geral de liberdade” que impede que os direitos fundamentais tenham efeitos absolutos nas relações privadas. Desse modo, enquanto na relação indivíduo/Estado tais direitos se aplicam diretamente, na relação indivíduo/indivíduo haverá uma relativização em favor da autonomia privada e da responsabilidade individual. Em suma, “para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado” (DA SILVA, 2011, p. 75-6). Daí a noção de efeitos indiretos.

A aplicabilidade direta, por sua vez, é a ideia defendida por Hans. C. Nipperdey. Sua tese propugna que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos<sup>4</sup>, seja na relação do particular com o Estado, seja na relação entre os próprios particulares. Não seria necessário recorrer, portanto, a “artimanhas interpretativas” ou à mediação legislativa. Deve-se ressaltar, entretanto, que o próprio Nipperdey afirma que nem todo direito fundamental deve ser aplicado na relação entre particulares. O que sua doutrina assevera é que, se o direito fundamental for aplicável naquela relação específica, então a aplicação será direta. Mas não ignora o fato de que há direitos fundamentais que são direcionados tão somente à relação cidadão/Estado (DA SILVA, 2011, p. 87-91).

Os dois modelos mais aceitos na discussão sobre os efeitos horizontais dos direitos fundamentais são aqueles propostos por Dürig e Nipperdey (efeitos indiretos e aplicabilidade direta respectivamente). Porém, há duas teses similares que aparentemente negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas acabam, na verdade,

<sup>4</sup> Para Nipperdey, os efeitos dos direitos fundamentais é que são absolutos, e não os direitos em si, conforme ressalva de Virgílio Afonso da Silva.

defendendo um resultado prático equivalente às duas teorias anteriores (ainda que por via oblíqua).

Cuida-se da “*state action*” norte-americana e da “teoria da imputação”, formulada pelo alemão Jürgen Schwabe.

A primeira busca equiparar uma ação privada a uma ação estatal, de modo a justificar a incidência dos direitos fundamentais. A segunda, em vez de equiparar o particular ao Estado, libera-o dessa vinculação e imputa seus atos diretamente a este. Não se modifica (artificialmente) a natureza do ato, mas a responsabilidade, que passa a ser estatal (pela não edição de norma proibitiva de conduta violadora dos direitos fundamentais, por exemplo) (DA SILVA, 2011, p. 98-105).

Robert Alexy, por sua vez, propõe um modelo em três níveis. O autor adverte, porém, que o modelo proposto representa “uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã” (ALEXY, 1994 apud DA SILVA, 2011, p. 144), de modo que a simples importação para outras ordens jurídicas requer cuidados (DA SILVA, 2011, p. 144).

Os três níveis consubstanciam justamente as ideias centrais das demais teorias: a) o nível do dever estatal, b) o nível dos direitos em face do Estado e o c) o nível das relações jurídicas entre os particulares. Alexy propõe uma releitura das teses: em vez de excludentes, elas seriam complementares entre si, aplicadas consoante as circunstâncias concretas. Na opinião do autor, não existe uma teoria correta, mas simplesmente a mais adequada naquele caso específico.

No mesmo sentido é o “modelo diferenciado” de Virgílio Afonso da Silva. O autor sintetiza os “elementos essenciais” de sua teoria. Apesar de não ser o intuito deste trabalho analisar profundamente os modelos propostos, é relevante destacar os principais elementos desse “modelo diferenciado”.

O primeiro deles é a noção de direitos fundamentais como princípios, na esteira da teoria de Robert Alexy, para quem “princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”, distinguindo-se das regras “de forma clara, pois estas, se válidas, devem ser realizadas sempre por completo” (ALEXY, 1994 apud DA SILVA, 2011, p. 32)

A vantagem dessa premissa é que na relação entre particulares (em que ambos os polos são titulares de direitos fundamentais, diferentemente do Estado), em eventual colisão desses direitos, ter-se-á uma solução ótima, de modo que um dos direitos irá preponderar sobre o outro. Não haverá, por conseguinte, “anulação” de nenhum direito fundamental, mas mera atenuação ou mitigação.

Do mesmo modo, a adoção do critério de otimização também preserva a autonomia do direito privado (que poderá ser atenuada, mas jamais aniquilada no caso concreto).

Por fim, grande parte dos modelos (inclusive o “modelo diferenciado”) aduz a importância do sopesamento entre a autonomia da vontade e os direitos fundamentais eventualmente restringidos ou, ainda, o maior ou menor grau de respeito à autonomia da vontade (que não é propriamente um sopesamento) em face de determinados critérios: assimetria entre as partes envolvidas, autonomia real e aparente da parte, regra da proporcionalidade etc. (DA SILVA, 2011, p. 156-64).

Em síntese, existe uma quantidade expressiva de critérios e modelos aptos a justificar a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Não se pretende, aqui, criticá-los, mas tão somente ponderar se o direito fundamental à informação (art. 5º, XIV, CF) deve incidir na ruptura do contrato de trabalho por prazo indeterminado e, em caso afirmativo, com base em qual(is) desses critérios.

#### **4.4 O direito fundamental à informação na ruptura contratual**

O artigo 5º da Constituição brasileira prevê, no seu inciso XIV, que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Uma primeira leitura, dentro da visão clássica dos direitos fundamentais, poderia levar a crer que o direito à informação tratado na Carta Magna é somente aquele pertinente à transparência que se exige dos órgãos públicos. A referida assertiva é parcialmente verdadeira.

A dimensão da garantia constitucional de informação em face do Estado pode sim ser fundamentada no inciso XIV. Porém, o mesmo

artigo prevê, mais adiante (inciso XXXIII), norma expressa nesse sentido<sup>5</sup>. Tanto é verdade que a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Lei de acesso à informação”), veio regular a disposição constitucional em comento.

Dessarte, uma primeira conclusão é possível: se o inciso XXXIII assegura o direito à informação do particular em face dos poderes constituídos, por consequência, o inciso XIV só pode ser interpretado como norma garantidora do direito de informação no bojo da própria sociedade civil, isto é, entre os cidadãos.

Nessa linha é a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, em que se declarou a inconstitucionalidade (não recepção, na verdade) da Lei nº 5.250/67 (“Lei de Imprensa”), citando-se, *en passant*, o art. 5º, XIV, CF.

Aprofundando a questão no âmbito do contrato de trabalho, há ter em mente a inexistência de norma que obrigue à informação no ato da dispensa imotivada.

Assim, poder-se-ia afirmar, sem muita reflexão, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Entretanto, as técnicas de interpretação constitucional não parecem autorizar uma hermenêutica tão simplista, devendo-se pensar na Constituição como um todo harmônico e sistêmico (HESSE, 1992, p. 50-4). Por essa razão, e tendo em conta o desenvolvimento histórico do ordenamento jurídico pátrio (brevemente relatada no item 4.1), é razoável pensar, hodiernamente, no direito-dever de informação na ruptura do contrato de trabalho.

Para isso, algumas peculiaridades da relação de emprego devem ser ponderadas.

A uma, a assimetria entre as partes, uma vez que, na quase totalidade dos casos, o empregador ostenta poder econômico superior ao

---

<sup>5</sup> “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

empregado, que se subordina às ordens do patrão em troca do salário (a fim de garantir sua sobrevivência).

A duas, o princípio da continuidade da relação de emprego<sup>6</sup>, por meio do qual o sistema privilegia o contrato por prazo indeterminado, rechaçando ao máximo a ruptura brusca e imotivada do pacto (tanto que a própria CLT prevê mecanismos para dificultar a rescisão, tais como o aviso prévio proporcional e a indenização compensatória).

Ademais, a doutrina especializada assevera:

A relação de trabalho não é um negócio circunstancial, nem uma fugaz transação mercantil, mas contém vínculos sociológicos pessoais e permanentes. Ainda que originada de um fato econômico, não pode resumir-se exclusivamente em direitos e deveres patrimoniais; coexistem vínculos de ordem moral e espiritual que, em uma moderna concepção do trabalho, não devemos desconhecer. (BOTIJA, 1993, p. 272)

Portanto, em face dos modelos de eficácia horizontal de direitos fundamentais previamente indicados, ao menos três conclusões são possíveis.

A primeira, com suporte na tese de efeitos indiretos, parte da premissa de que as normas trabalhistas que consagram a continuidade da relação de emprego (obrigatoriedade do aviso-prévio, indenização compensatória em caso de rescisão, regras de sucessão empresarial etc.) já denotam, em certa medida, a intenção política do legislador de dificultar a extinção prematura do contrato.

Por essa razão, com suporte no material normativo infraconstitucional, o direito fundamental de informação teria incidência – ainda que por via reflexa – na ruptura contratual, sendo necessário informar ao empregado dispensado a razão dessa conduta.

Um segundo caminho possível (considerando-se ausência de norma específica que exija a fundamentação da dispensa e assumindo-se que as regras previstas na CLT não consubstanciam a “mediação legislativa”

---

<sup>6</sup> “A importância desse princípio revela-se não apenas ao conferir segurança ao empregado durante a vigência de seu contrato de trabalho, mas também na sua integração à empresa, favorecendo a qualidade do serviço prestado”. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

exigida por Dürig), seria a possibilidade de “aplicabilidade direta” do direito fundamental de informação (como princípio constitucional) na relação entre patrão e empregado, nos termos da tese de Nipperdey e em conformidade com as características próprias da relação de emprego. Aliás, uma construção teórica sistemática para essa aplicação poderia se sustentar na cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV, da CF), que abarcam, inclusive, o direito de ser informado.

Cumprir observar, ainda, uma terceira forma de justificar o direito-dever de informação. Isso por que a tensão verificada na (des) necessidade de informar a causa de desligamento do empregado não representa necessariamente – como é comum na problemática dos direitos fundamentais entre particulares – um conflito entre a autonomia da vontade e um direito fundamental (à informação, no caso).

Parece mais acertado falar em conflito de direitos fundamentais: de um lado, o direito de propriedade do empregador (corolário da livre iniciativa), que assume o risco da atividade e pode, *a priori*, contratar e dispensar empregados a seu bel-prazer, desde que pague os consectários legais e, de outro lado, o direito à informação do trabalhador (afeto à sua dignidade).

Nessa hipótese, e atento às circunstâncias do caso concreto<sup>7</sup>, o intérprete poderá socorrer-se dos critérios expostos alhures, notadamente a regra da proporcionalidade, aplicável em decorrência da natureza jurídica ostentada pelos direitos fundamentais (que têm *status* de princípios, na concepção de Robert Alexy), objetivando a otimização dos preceitos.

A referida aplicação (da regra da proporcionalidade) pode até ser possível, mas sua imprescindibilidade é questionável. Em verdade, o conflito que surge da necessidade (ou não) de fundamentar o ato de dispensa não configura um efetivo *hard case*.

---

<sup>7</sup> Nem sempre o trabalhador será hipossuficiente. Nesse sentido: “Também para nós o contrato de emprego é do tipo adesão, vez que as partes não discutem o seu conteúdo. O empregador já possui determinada ‘vaga de trabalho’ com condições predeterminadas, cabendo ao empregado aceitá-las ou não. Com exceção de duas categorias profissionais específicas, domésticos e altos empregados, nas demais não se constata qualquer negociação por parte do empregado em relação às bases previamente colocadas pelo empregador”. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998. p. 82.

Respeitados eventuais entendimentos em sentido contrário, parece plenamente possível conciliar o ato potestativo do empregador (princípio da livre iniciativa) com o dever de informar (princípio da informação).

Desse modo, não há (pelo menos em uma análise perfunctória) nenhum prejuízo ou gravame à empresa pelo simples fato de ter de informar ao obreiro a causa da rescisão, salvo a provável vinculação do ato: se a empresa informar baixa produtividade e o trabalhador comprovar desempenho superior ao dos colegas, poderia haver espaço para questionamento do ato de dispensa, *v.g.*

De fato, apesar das dúvidas que naturalmente surgiriam da mudança de paradigma proposta, não se pode olvidar que a assunção do direito fundamental de informação na ruptura antecipada do pacto laboral acarretaria benefícios ambivalentes, isto é, para os dois polos da relação.

## 5 O DEVER DE INFORMAR NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

### 5.1 Implicações para o empregado

Caminhando para as reflexões finais deste artigo, cumpre apontar as possíveis repercussões, para o empregado, decorrentes da necessidade de informar a causa da ruptura contratual.

A primeira questão diz respeito à bilateralidade da obrigação de informar. É sabido que o contrato de trabalho por prazo indeterminado pretende-se o mais longo possível, notadamente para o obreiro que sobrevive em decorrência de seu trabalho. Porém, é possível que o contrato seja extinto por iniciativa de qualquer uma das partes: tanto empregador pode dispensar quanto empregado pode pedir demissão.

Assim sendo, se a empresa tem o dever de informar a causa da ruptura, o empregado também deve “justificar” seu pedido de demissão?

Ainda que caiba uma reflexão mais aprofundada, a doutrina trabalhista parece ser refratária à ideia:

É evidente que o critério motivado dirige-se, essencialmente, às rupturas contratuais resultantes de *ato de vontade do empregador* (em contratos sem prazo prefixado, repita-se). Não se aplica, em princípio, às rupturas contratuais resultantes de ato de vontade *do próprio empregado*. Neste caso (ruptura por ato do obreiro), o próprio trabalhador, por exercício de vontade sua, é que está comprometendo a incidência e eficácia do princípio da continuidade da relação de emprego (princípio construído em seu favor), tornando-se insensato e ilógico que o princípio se aplique contra o resultado útil que pretende atingir. Além disso, o envolvimento do obreiro no contrato empregatício é necessariamente *peçoal* (a pessoalidade, como se sabe, é elemento fático-jurídico atávico à figura do empregado), razão por que seria agressão à liberdade individual mínima manter, contra a vontade da pessoa física envolvida, uma relação personalíssima de prestação de trabalho indefinida no tempo. Já o envolvimento do empregador no contrato empregatício é, tendencialmente, *impessoal* (a impessoalidade é característica marcante da figura do empregador, em cuja composição fático-jurídica não comparece, como se sabe, a infungibilidade de seu ser). Essa impessoalidade do empregador faz com que a manutenção de uma relação de emprego contra sua vontade não resulte em necessária agressão à liberdade individual da pessoa física do empregador (inclusive porque este não é sequer, na maioria das vezes, uma pessoa natural, mas pessoa jurídica, podendo ser até mesmo ente juridicamente despersonalizado). (DELGADO, 2011. p. 1.057)

Ademais, em sede argumentativa, não se pode esquecer que a própria Carta Magna assegura o direito fundamental ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII). Por isso, aplicando-se a ponderação entre os dois princípios (liberdade de profissão *versus* direito-dever de informar o pedido de demissão), e a se considerar toda teia protetiva do direito do trabalho em favor do obreiro, parece que a informação da causa do pedido de demissão pode até ser desejável (em face dos deveres anexos do contrato – boa-fé e transparência), mas não pode ser juridicamente exigida.

Em termos pragmáticos, porém, a conduta de informar o real motivo de desligamento pode ajustar eventual descontentamento do empregado com a empresa (remuneração, plano de carreira, função exercida etc.), viabilizando a manutenção do posto de trabalho. Essa, contudo, não é uma discussão propriamente jurídica (apesar de relevante).

Deve-se destacar, ao cabo, a principal vantagem de se informar ao obreiro a causa da ruptura contratual: baixa produtividade, insuficiência de desempenho, problemas de relacionamento com chefes ou colegas, enfim, qualquer que seja a justificativa, desde que seja real e efetiva, possibilitará o aprimoramento pessoal do empregado.

Logo, mesmo que não tenha logrado êxito naquele emprego, certamente não repetirá a mesma falha no próximo que vier a ocupar. Nessa toada, inclusive, a inteligência do parágrafo único do art. 431 da CLT, ainda que diga respeito ao contrato especial do aprendiz.

A simples denúncia vazia, tal como aplicada hodiernamente, obsta o potencial desenvolvimento pessoal e profissional do trabalhador, em descompasso com os objetivos fundamentais da República insculpidos no art. 3º, I, II e III, do Texto Maior.

## 5.2 Reflexos para o empregador

Com relação às implicações para o empregador, há destacar, primeiramente, que o dever de informar a causa da ruptura não é necessariamente um ônus. A conduta transparente pode, inclusive, beneficiar a empresa em situações processuais delicadas.

Um exemplo possível é retratado na Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Editada em setembro de 2012, o enunciado prevê:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012).

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.

*Grosso modo*, o entendimento do tribunal trabalhista inverte o ônus da prova no caso de dispensa alegadamente discriminatória.

É cediço que cabe à parte provar o que alega, conforme regras

vigentes de distribuição da prova<sup>8</sup>. Contudo, no caso da súmula em comento, se o empregado ajuíza reclamação trabalhista alegando dispensa discriminatória, o ônus de provar outra causa (que não a discriminação) será da empresa.

Em outras palavras, o empregador deverá provar que a dispensa não foi discriminatória. E esse é o problema: a prova de natureza negativa é extremamente difícil (e, em alguns casos, até mesmo impossível) de ser realizada<sup>9</sup>.

Nesse diapasão, o dever de informar ao obreiro a causa da dispensa serviria para isentar a empresa da pecha de discriminadora no processo, “devolvendo” o ônus probatório ao reclamante (empregado dispensado).

Portanto, em termos práticos, o ideal seria a adoção de um formulário padrão (que não o Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho) que apontasse a razão específica da dispensa, colhendo-se a assinatura do trabalhador por ocasião do desligamento.

O referido documento seria arquivado na empresa (resguardando a privacidade do empregado) e poderia ser utilizado para contrariar eventual alegação de dispensa discriminatória em processo judicial.

Porém, para que atinja sua finalidade, a postura aqui sugerida exige lealdade e comprometimento de ambas as partes.

O empregador deve consignar a efetiva causa da dispensa, justificando-a com dados técnicos possíveis (ex: balanço contábil para demonstrar a necessidade de redução de despesas; planilhas de

---

<sup>8</sup> Nesse sentido: Art. 818 da CLT - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Art. 373 da CPC - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>9</sup> Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pala outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa” ou “impossível”. (STJ. Resp. 422.778. Min. Nancy Andrighi. DJU 27.8.07). In: NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 494.

produtividade para comprovar insuficiência de desempenho etc.) e o empregado deve assinar o documento, desde que retrate a real causa da ruptura.

Por fim, imperioso notar que o simples fato de informar o motivo da dispensa, nos termos aqui defendidos, não significa obstáculo ao poder diretivo da empresa. O empregador continuará livre para dispensar. Todavia, em muitos casos (e aqui reside a proposta deste trabalho), a necessidade de “justificar” a dispensa, aliada ao diálogo e à transparência, viabilizará uma fase de tratativas que hoje é praticamente inexistente no cotidiano das empresas.

Apesar de não haver dados empíricos sobre o tema, é razoável supor que muitos empregos serão mantidos caso se adote uma nova roupagem para a dispensa imotivada, motivando-a.

### 5.3 Aspectos gerais

As reflexões consignadas, de índole prática, extrapolam os limites deste estudo – eminentemente teórico. Ademais, as condutas sugeridas só teriam aplicabilidade se houvesse sanção por eventual descumprimento, que somente a lei poderia prever.

De toda sorte, parece válida a proposta de incidência do direito à informação na ruptura do contrato de trabalho por prazo indeterminado, seja para criar uma nova cultura entre patrões e empregados (com espeque na socialização do direito e nos princípios democrático e cooperativo), seja para fomentar uma mediação legislativa nesse sentido.

O manuseio do direito fundamental à informação no interior da relação de trabalho pode trazer benefícios tanto para empregado e empregador (consoante tópicos anteriores), quanto para a comunidade em geral.

A uma, porque suscitará uma convivência mais harmoniosa, transparente e solidária, dentro do que a ordem jurídica atual parece exigir.

A duas, porquanto “dificultar” (ainda que ligeiramente) a dispensa imotivada redundará em menor taxa de rotatividade no mercado de trabalho brasileiro, reduzindo-se as quantias bilionárias despendidas

pelo Governo (à custa do contribuinte) a título de seguro-desemprego e programas de qualificação de mão de obra, uma vez que o empregador certamente investirá no empregado integrado e dedicado à empresa.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a reflexão proposta neste estudo guarda relação com a sistemática constitucional vigente. Ainda que o contrato de trabalho ostente natureza jurídica eminentemente privada, os preceitos constitucionais (notadamente os direitos fundamentais) hão de permeá-lo nas fases de contratação, execução e extinção da relação jurídica.

O modo de incidência desses direitos, contudo, vai depender do caso concreto. O que releva apontar é que a doutrina, nacional e estrangeira, indica diversas teses hábeis a justificar tal incidência, cabendo ao intérprete o correto manejo dessas ferramentas.

Não se pretende adotar um discurso maniqueísta: antes de boa ou ruim, a influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma realidade e seu *modus operandi* deve ser objeto de aprofundamento por parte dos estudiosos.

No caso particular da resilição do contrato de emprego por prazo indeterminado, a doutrina trabalhista defende, majoritariamente, com base na hermenêutica do Direito do Trabalho, uma releitura do instituto. E a eficácia horizontal dos direitos fundamentais parece ser uma alternativa possível.

Sob o aspecto prático, as altas taxas de rotatividade no mercado de trabalho brasileiro justificam reflexões e consequentes modificações – legislativas e culturais.

A mudança de paradigma, ainda que no âmbito ontológico (nova postura dos contratantes), é salutar para empregados, empregadores e sociedade civil. E o arcabouço jurídico pátrio (âmbito deontológico) prevê meios de sustentar – quiçá exigir – essa releitura do instituto.

## REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOTIJA, Pérez. *Apud* PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. **Seguro-Desemprego do Trabalhador Formal de 1986 a 2016**. Dados abertos. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/dados-abertos/dados-do-trabalho/estatistica-seguro-desemprego/seguro-desemprego-trabalhador-formal>>. Acesso em: 16 jun.16.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**. vol. 1, nº1. p. 173-180, maio, 2005.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Os números da rotatividade no Brasil: um olhar sobre os dados da Rais 2002 - 2013**. Nota à imprensa nº 2 de 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notaaimprensa/2014/numerosRotatividadeBrasil.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito das Obrigações e Direitos Fundamentais: Sobre a projeção do Princípio da Proporcionalidade no Direito Privado. **Revista Latinoamericana de Estudos Constitucionais**. nº 1 (jan./jun. 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 158**. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/content/termino-da-relacao-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 21 maio 2012.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

# A GARANTIA DE EMPREGO PRÉ-APOSENTADORIA NO MAGISTÉRIO PRIVADO



*Gustavo Luiz Poli<sup>1</sup>*

*Ricardo Córdova Diniz<sup>2</sup>*

**Resumo:** Dentre as espécies de estabilidade, uma delas é a do empregado que está em vias de se aposentar, detendo a nominada “estabilidade pré-aposentadoria” conforme previsão em ACT<sup>3</sup> ou CCT<sup>4</sup>. Porém, cabe atinada reflexão quando, em vista da atual sistemática de cálculo das aposentadorias, o detentor dessa benesse está contemplado por alguma forma peculiar de jubilação, tal como o profissional do magistério. O exame detido da norma coletiva à luz dos Princípios da Proteção, da Continuidade e da Razoabilidade sugere que, se omissa ou dúbia a sua redação, deve prosperar a interpretação mais favorável ao trabalhador visando à obtenção de aposentadoria de maior renda, ao passo que, inequívoca a redação da norma, a interpretação deve ser restritiva em respeito ao que foi pactuado entre as representações patronal e obreira.

297

**Palavras-chave:** Funções de magistério. Garantia de emprego. Pré-aposentadoria. Marco decadencial. Fator previdenciário.

## 1 INTRODUÇÃO

No âmbito das relações de emprego, é consabido que a

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2014), Advogado militante em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, Ex-estagiário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT - 12), gustavoluizpoli@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2002), Magistrado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT - 12) na titularidade da 3ª Vara do Trabalho de Itajaí/SC, Professor da Graduação em Direito na UNIVALI, ricardo.diniz@trt12.jus.br.

<sup>3</sup> Acordo Coletivo de Trabalho.

<sup>4</sup> Convenção Coletiva de Trabalho.

estabilidade representa um direito trabalhista de importante envergadura ao obstar o fim da relação jurídica existente entre as partes, assegurando a manutenção dessa e, por conseguinte, da fonte de sustento do trabalhador e seus dependentes.

No Brasil, o direito à estabilidade passou por candente mudança a partir do advento do FGTS<sup>5</sup>, que foi criado pela Lei nº 5.107/1966 com o manifesto desiderato de ser – ainda que sob a forma de regime de transição com adesão facultativa – o sucessor da chamada “estabilidade decenal”, insculpida originalmente no art. 492 da CLT<sup>6</sup> e que obstava a dispensa sem justa causa do empregado que computasse mais de dez anos de serviço para seu empregador.

Com a promulgação da CRFB/1988<sup>7</sup>, o FGTS tornou-se obrigatório como direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, III), sendo ab-rogada, com ele, a estabilidade prevista no art. 492 da CLT, salvo para os sujeitos com direito adquirido. Em resumo, o que outrora era regra geral se transmutou em hipótese excepcional, podendo-se afirmar que, hoje, a estabilidade perfaz um direito fragmentado, sendo válida somente em casos específicos e mediante critérios circunspectos, convindo melhor a expressão “garantia de emprego” em seu lugar.

Em que pese tenha sido adotado um modelo mais flexível em matéria de rescisão imotivada do contrato de trabalho, o direito potestativo do empregador em findar a relação empregatícia sem justa causa recebe, entretanto, tolerância limitada pelo ordenamento jurídico, desservindo como embasamento para atos de ilegalidade ou arbitrariedade contra a parte hipossuficiente. Exemplo disso é a vedação à dispensa discriminatória.

Nesse diapasão, remanesce o direito à estabilidade ou garantia de emprego tão somente nas esparsas prescrições constitucionais, legais ou convencionais. E, dentre as espécies que existem, uma delas é a do empregado que está em vias de se aposentar, detendo, mediante previsão em ACT ou CCT, a nominada “estabilidade pré-aposentadoria”, que

---

<sup>5</sup> Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

<sup>6</sup> Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>7</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 5-10-1988.

lhe assegura a garantia do emprego no lapso de tempo precedente a sua jubilação, salvo na hipótese de incursão em justa causa.

No que é pertinente ao magistério privado, emerge a discussão se a acenada garantia de emprego vige até o momento em que o obreiro (segurado) atinge o tempo mínimo de contribuição previdenciária necessário à forma peculiar de aposentação dos professores, ocasião em que pode haver sujeição ao fator previdenciário, ou se pode ser tida como válida no período anterior ao implemento da aquisição do direito a um benefício mais vantajoso economicamente.

Portanto, há que ser considerado na competente hermenêutica, além das novidades engrazadas pela Lei nº 13.183/2015, o fato de que a incidência do fator previdenciário na sistemática de cálculo dos proventos aposentatórios, em regra, arrocha-os e desestimula as inativações precoces.

Assim sendo, este estudo versará sobre o direito à garantia de emprego dos profissionais do magistério privado na fase de pré-aposentadoria, esclarecendo qual o marco decadencial do período estabilitário, *ex vi* da inteligência do art. 201, § 8º, da CRFB/1988 e das implicações que a figura do fator previdenciário pode causar para o referido direito material, notadamente em razão das diferenças financeiras observadas ao se ter em mente a expectativa de direito do trabalhador.

A motivação científica do presente artigo reside na importância que os meios jurídicos voltados para a manutenção do emprego granjeiam em momentos como o atualmente vivenciado pelo Brasil, ou seja, de recessão econômica e crise social, em que o desemprego se revela como um desastroso corolário e sinaliza para as partes do contrato de trabalho a necessidade de observância aos institutos que obstam o fencimento imotivado da relação de emprego. Ademais, em que pese ao período de irascível turbulência política também vivenciado pelo Brasil, forçoso notar e trazer à baila das discussões jurídicas as inovações legais em matéria de Direito Previdenciário, de modo particular, no que é pertinente ao cálculo das aposentadorias.

O estudo privilegiou o aspecto qualitativo das fontes utilizadas.

## 2 CONCEITO DE ESTABILIDADE E SUA DEFINIÇÃO NA MODALIDADE PRÉ-APOSENTADORIA

*Ab initio*, imperiosa se mostra a conceituação do termo “estabilidade” em sua acepção jurídica, pelo que se reporta ao ensinamento de Nascimento (2011, p. 1156), nestes termos: “[...] estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei”.

Plá Rodriguez (1978, p. 158) define que, se obreiro gozar do direito à estabilidade, “[...] o empregador não tem o direito de despedir senão quando haja causa justificada”.

Deveras importante, é preciso distinguir terminológica e tecnicamente as categorias “estabilidade” e “garantia de emprego”. Para tanto, observa-se a lição de Delgado (2012, p. 1123), que assim preceitua:

Estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.

A seu turno, no dizer do autor supracitado (DELGADO, 2012, p. 123-4), a segunda categoria recebe a seguinte conceituação:

[...] é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando).

Então, pode-se concluir que, apesar de ser notoriamente comum o uso da expressão “estabilidade provisória”, praticamente todas as “estabilidades” que existem no Direito do Trabalho são, na verdade, “garantias de emprego” e condizem com o direito do trabalhador contra a dispensa sem justa causa que é almejada pelo empregador.

Saraiva (2008, p. 297-8) ensina por outro norte ao pronunciar que “A estabilidade é espécie do gênero garantia de emprego, que

se materializa quando o empregador está impedido, temporária ou definitivamente, de dispensar sem justo motivo o laborante”. É que, para o instrutor, “estabilidade” e “garantia de emprego” são categorias indissociáveis, estando a primeira inserta na outra que, por sentido amplo, abarcaria todos os institutos e mecanismos próprios do Direito do Trabalho “que impeçam ou dificultem a dispensa imotivada ou arbitrária do obreiro”, havendo alusão, nessa via, a outros direitos como o aviso-prévio, os recolhimentos do FGTS e sua multa (compensatória) como formas de “garantia de emprego” em função do ônus pecuniário.

Proseguindo, Saraiva (2008, p. 299) afirma que, doutrinariamente, a estabilidade é aquinhoadada em “absoluta” e “relativa”, sendo que, na primeira, o empregado dela beneficiado somente pode ser demitido se sua conduta for enquadrada como falta grave, isto é, mediante justa causa, ao passo que, na segunda, a demissão do trabalhador ora pode se dar por esse motivo, ora pode se dar “[...] por motivos de ordem técnica, econômica ou financeira, como ocorre no caso da gestante e do membro da CIPA (CLT, art. 165)”.

No magistério de Nascimento (2011, p. 1156), a estabilidade recebe outra divisão em “definitiva” e “provisória”, sintetizando-se que, deveras objetiva a denominação, a primeira é válida para a totalidade da constância do pacto laboral, enquanto a segunda vige sobre o contrato de trabalho tão somente durante o tempo em que subsistir a sua circunstância típica, quer dizer, o fator jurídico que lhe dá azo. Saraiva (2008, p. 299-309), que também usa esse arranjo, apresenta a antiga estabilidade celetista (decenal) e do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT como modelos de estabilidade definitiva e, dentre várias outras, a do dirigente sindical, da gestante e do acidentado como modelos de estabilidade provisória.

Não obstante as definições técnicas, o aspecto teleológico da estabilidade ou garantia de emprego sinaliza que se visa obstar a prerrogativa demissional injustificada do empregador como um meio para se auferir vantagens ilícitas, visto que, do contrário, estar-se-ia acolhendo um artifício arbitrário (porém, legítimo) para, hipoteticamente falando, afastar-se dirigentes sindicais, gestantes e “cipeiros” do ambiente de trabalho.

Para seu gozo por parte do trabalhador, o direito à estabilidade exige a observância do critério genérico da ausência de justa causa e o preenchimento dos critérios específicos para cada situação. De modo ilustrativo, no caso de um empregado acidentado, faz-se imprescindível a demonstração de que o seu benefício previdenciário (auxílio-doença acidentário) tenha cessado há menos de um ano, bem como, no caso do empregado pré-aposentado, deve haver a comprovação inequívoca de que a vigência da sua estabilidade, prevista no ACT ou CCT aplicável, abrange o interregno entre a data da sua dispensa imotivada e a data inicial da sua aposentadoria.

Nessa senda, uma curiosidade pujante é que, como instituto jurídico precipuamente protetivo do trabalhador, a estabilidade ora assume um caráter “interno”, ou seja, intrínseco aos interesses do obreiro estável (por exemplo, o sustento da empregada gestante e do nascituro), ora um caráter “externo”, ou seja, também voltado para os interesses da coletividade (por exemplo, o obreiro que figura nos quadros de direção sindical e, teoricamente, age em defesa de seus pares).

302

Conquanto ainda não exista aprofundamento doutrinário sobre ela, a modalidade estabilitária pré-aposentadoria pode ser compreendida como a garantia do trabalhador que veda a sua dispensa sem justo motivo durante determinado lapso temporal que antecede a concessão de sua aposentadoria.

É um direito provisório que não advém do Texto Constitucional ou de texto legal, existindo mediante previsão em ACT ou CCT, qualificando-se como uma estabilidade convencional e pressupondo a prévia pactuação e anuência a ele entre as partes da relação de emprego ou entre os sindicatos que representam empregados e empregadores.

Com isso, é factível que os requisitos de aquisição do direito, durabilidade e demais condições, sejam de notável variedade a depender da categoria profissional ou empresas pactuantes, uma vez que lhes é facultado compor livremente, desde que não ao arrepio da lei. Aliás, impende enfatizar que a lei não conceitua o que caracterizaria a “fase de pré-aposentadoria”, sendo que, pelas redações de normas coletivas, pode-se interpretar tal categoria como um lapso temporal correspondente, em regra, aos dois anos precedentes ao preenchimento dos requisitos legais

para a concessão da sua aposentadoria pelo RGPS<sup>8</sup>.

Impende enfocar, igualmente, que a configuração da referida estabilidade como absoluta ou relativa é mote de competência única e exclusiva da negociação entre trabalhadores e empregador, quer se podendo firmar excludentes do direito por motivações técnicas, econômicas ou financeiras, quer se podendo concordar que somente as justas causas tipificadas na CLT têm o condão de nulificar seus efeitos.

A *ratio* jurídica de tal estabilidade jaz na situação do trabalhador, que arrostará indubitáveis dificuldades em sua recolocação no mercado de trabalho e, uma vez desempregado, está arriscado à perda da sua qualidade de segurado perante o INSS<sup>9</sup> por não contribuir durante os meses faltantes até a sua jubilação. Em uma análise perfunctória, tem-se a indicação da harmonia desse fundamento com os Princípios norteadores do Direito do Trabalho, em especial, o da Proteção, o da Continuidade e o da Razoabilidade.

Feita a exposição mais estrita ao cerne deste artigo, passa-se ao item adjacente.

### 3 A APOSENTADORIA DOS PROFESSORES E SUAS PECULIARIDADES

O direito à aposentadoria pelos trabalhadores urbanos e rurais foi posto no inciso XXIV do art. 7º da CRFB/1988. No entanto, sendo norma que não produz, por si, os seus efeitos jurídicos, a regulação é feita pelo § 7º do art. 201 da Carta Magna, *in verbis*:

É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

No que se refere aos professores da iniciativa privada (tal como os do ensino público, submetidos ao art. 40, § 5º, da Lei Suprema), o mesmo art. 201 da CRFB/1988, no seu § 8º, assim preconiza:

<sup>8</sup> Regime Geral de Previdência Social.

<sup>9</sup> Instituto Nacional do Seguro Social.

Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A excepcionalidade contida no Texto Constitucional, conhecida usualmente por “aposentadoria dos professores”, manifesta o anseio do Estado em conferir aos trabalhadores desse jaez uma escusa nos anos que precedem as suas jubilações, assegurando-as ainda que seus recolhimentos pecuniários à Previdência Social sejam inferiores àqueles preestabelecidos como condição geral ao ato *in quaestio*.

A motivação para a tipicidade da aludida forma de aposentadoria reside no desgaste físico e mental a que estão sujeitos os profissionais dessa área, entendendo por bem o constituinte gerar uma via que lhes antecipe a inatividade se assim desejarem.

Esclarecendo a dicção do art. 201, §8º, da Carta Maior, estabelece o art. 56 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 56. O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III deste Capítulo.

A seu turno, prevê o art. 56, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 3.048/1999:

Art. 56. A aposentadoria por tempo de contribuição será devida ao segurado após trinta e cinco anos de contribuição, se homem, ou trinta anos, se mulher, observado o disposto no art. 199-A.

§ 1º A aposentadoria por tempo de contribuição do professor que comprove, **exclusivamente, tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio**, será nos termos do § 8º do art. 201 da Constituição.

§ 2º Para fins do disposto no parágrafo anterior, **considera-se função de magistério a atividade docente do professor exercida exclusivamente em sala de aula**.

(grifos insertos)

Dessarte, uma vez comprovado o efetivo e exclusivo exercício

do magistério, a referida aposentadoria será devida ao homem que computar trinta anos de contribuição previdenciária e à mulher que tiver contribuído com o INSS durante vinte e cinco anos.

Insta enfatizar que a aposentadoria dos professores, em que pese a sua peculiaridade, não se enquadra como aposentadoria especial. Inicialmente por tipificação legal (a dos professores está prevista nos arts. 56 da Lei nº 8.213/1991 e 56, §1º, do Decreto nº 3.048/1999 e a especial nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991 e 64 a 70 do Decreto nº 3.048/1999) e, secundariamente, porque a atividade do professor não é atividade especial, ou seja, aquela que expõe o segurado a “agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física”. Por fim, a jubilação dos docentes é disciplinada legalmente em conjunto com a aposentadoria por tempo de contribuição. Nesse sentido, da jurisprudência do Colendo STJ, colhe-se esta ementa de aresto:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. PROFESSOR. FATOR PREVIDENCIÁRIO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMO. SÚMULA 126/STJ. 1. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação, por entender que, **“apesar das peculiaridades e regras próprias na legislação, a aposentadoria de professor não é especial, no sentido de considerar as atividades que a ensejam como penosas, insalubres ou perigosas, uma vez que desde a Emenda Constitucional nº 18/81 o labor como professor passou a ser considerado como de tempo comum, ensejando apenas aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que com redução no número mínimo de anos exigido, sendo-lhe aplicável, portanto, o fator previdenciário, a teor do art. 29, I da Lei 8.213/91”** (fls. 100-101, destaqui). 2. Como se verifica, a conclusão impugnada encontra-se efetivamente amparada, de forma autônoma, por razões de ordem constitucional, o que impõe a aplicação da Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. 3. Agravo Regimental não provido.

(Processo nº. 477607/PR - 2014/0035050-0. Classe Processual: AgRg no AREsp. Relatoria: Min. Herman Benjamin. Órgão Judicante: 2ª Turma. Julgado em 22/04/2014. Acórdão Publicado em 18/06/2014).

(grifo inserto)

Doutro norte, é relevante notar que a classe dos professores universitários não é abrangida pelo aventado direito, pois o constituinte delimitou sua extensão às “funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”, silenciando-se, no entanto, em relação à docência do ensino superior que, por manifesta exclusão, não detém o abono reducional no tempo de contribuição previdenciária.

Conjectura-se, na sequência, que o acesso à aposentadoria, na forma do art. 201, § 8º, da Lei Maior, recebeu igual adstrição aos professores que, em suas carreiras, exerceram unicamente a função do magistério, entendida a qual como a atividade docente exclusiva de sala de aula. Com vistas a elidir quaisquer contrassensos nesse sentido, aos 26-11-2003, o STF<sup>10</sup> firmou sua linha de julgamento com a edição da Súmula nº 726, que diz: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

O entendimento esposado sugere uma constância jurídica, mas, com a Lei nº 11.301/2006, exsurgiu uma nítida antinomia jurídica na exegese dos arts. 201, § 8º, da Constituição, 56 da Lei nº 8.213/1991 e 56, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 3.048/1999. É que a identificada lei, *ex vi* do seu art. 1º (sendo dois os que a compõem), incluiu ao art. 67 da Lei nº. 9.394/1996<sup>11</sup> um segundo parágrafo, *in verbis*:

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, **são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas**, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, **incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.**

(grifos insertos)

De tal sorte, os ditames da novel legislação denotam que, a despeito do restrito conceito que o Decreto nº 3.048/1999 (art. 56, §2º) deu às “funções do magistério”, houve a ampliação do rol de profissionais

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal.

<sup>11</sup> Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

favorecidos com a aposentadoria dos professores, que abarcou profissões desempenhadas “extraclasse”, isto é, fora da sala de aula, o que refoge à premissa de que, somente os nela realizados, caracterizaram o exercício da docência.

Em vista do impacto financeiro que o alcance do dito direito causaria à Previdência Social, arguiu-se a inconstitucionalidade da Lei nº 11.301/2006 sob a substancial alegação de que a redefinição das “funções do magistério” acarretou o reconhecimento do direito ao período contributivo reduzido (para fins de aposentadoria) a outros trabalhadores da educação regular cujos misteres não os enquadrariam exatamente como professores, ofendendo, dessa maneira, os §§ 5º do art. 40 e 8º do art. 201, ambos da CRFB/1988.

O imbróglio chegou ao STF por meio da ADIn<sup>12</sup> nº 3.772/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República com o desiderato de ver declarada inconstitucional a Lei nº 11.301/2006. A relatoria foi executada pelo então Ministro Ayres Britto e o julgamento (por maioria de votos<sup>13</sup>) resultou na procedência parcial do indigitado pleito, conferindo-se interpretação conforme à Constituição e equiparando-se às “funções de magistério”, para os fins dos §§ 5º do art. 40 e 8º do art. 201, ambos da Lei Fundamental, as atividades de direção escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas por professores de carreira.

Superada a matéria, o Ministro Ricardo Lewandowski, redator do acórdão, fez constar o seguinte ementário:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO**

<sup>12</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade.

<sup>13</sup> Vencidos o então relator e os Ministros Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa, que votavam pela total procedência da ação, e a então Ministra Ellen Gracie, que votava pela improcedência.

JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME.

[...]

II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico **integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação**, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.

[...]

(grifos insertos)

Dessarte, verifica-se que a aposentadoria dos professores não está adstrita aos sujeitos originários do citado direito (aqueles que trabalham em sala de aula), mas, também, aos professores de carreira da educação regular que, ao tempo do requerimento aposentatório, ocupavam cargos como o de diretor escolar e, respectivamente, os de orientadores pedagógicos, disciplinares e educacionais.

308

A elucidação contida nesse item é de fundamental importância em se tratando da garantia de emprego pré-aposentadoria no magistério privado, porquanto, sendo comuns os requisitos para a respectiva jubilação, a ótica jurídica é idêntica para litígios distintos no tocante ao ofício do reclamante (professor, mestre de disciplina, orientador educacional, pedagógico, etc.).

Dito isso, não há espaço para controvérsias no que tange às profissões agraciadas com a excepcional forma de aposentação abordada, passando-se ao próximo item, onde se discorrerá sobre o primordial assunto deste estudo.

#### **4 O PERÍODO DE “ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA” NO MAGISTÉRIO PRIVADO E AS IMPLICAÇÕES DO FATOR PREVIDENCIÁRIO**

Do cotejo entre o segundo e o terceiro itens, urge questionar qual é o marco decadencial da vigência da estabilidade pré-aposentadoria: se é a data da obtenção do direito à aposentadoria pelo tempo mínimo

de contribuição ou se é a data da obtenção do direito à aposentadoria mediante a aplicação das regras do chamado sistema 85/95, introduzido pela Lei nº 13.183/2015.

Ocorre que o deslinde colimado não se dá por força constitucional ou legal, repisando-se que é decorrente de norma convencional a vedação à demissão sem justa causa do empregado pré-aposentado. Nesse contexto, o termo final do período da garantia de emprego pré-aposentadoria somente pode ser fixado pelo ACT ou CCT, ensejando divergências se a cláusula instituidora é dúbia quanto à forma de jubilação que, uma vez concedida, fenece o óbice para a rescisão imotivada do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

A par do que foi explanado anteriormente, sendo a aposentadoria dos professores operada juridicamente mediante as demais regras da jubilação por tempo de contribuição, inclusive a incidência do fator previdenciário em seu cálculo (art. 29, I, da Lei nº 8.213/1991 e art. 32, I, do Decreto nº 3.048/1999), é de curial importância cintilar a novel sistemática de quantificação das aposentadorias pela Lei nº 13.183/2015, que inseriu na Lei nº 8.213/1991 o seguinte dispositivo:

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

[...]

**§ 3º Para efeito de aplicação do disposto no caput e no § 2º, o tempo mínimo de contribuição do professor e da professora que comprovarem exclusivamente tempo de efetivo exercício de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio será de, respectivamente, trinta e vinte e cinco anos, e serão acrescidos cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição.**

§ 4º Ao segurado que alcançar o requisito necessário ao exercício da opção de que trata o caput e deixar de requerer aposentadoria será assegurado o direito à opção com a aplicação da pontuação exigida na data do cumprimento do requisito nos termos deste artigo.

(grifo inserto)

Em suma, a indigitada lei derogou o fator previdenciário. Explica-se: se alcançada pelo segurado a pontuação indicada nos incisos I e II do art. 29-C da Lei nº 8.213/1991, seu salário-de-benefício será calculado sem a incidência do fator previdenciário, cuja obrigatoriedade remanesce às hipóteses em que, apesar de atingido o tempo mínimo de contribuição, o obreiro não computa tais pontos com a soma entre sua idade e total de anos de recolhimento previdenciário.

Em relação aos professores, a fim de ser compatibilizado o direito criado pela Lei nº 13.183/2015 com a garantia à aposentadoria com tempo de contribuição reduzido, a jubilação nesses termos é assegurada mediante a soma real de 80 pontos (mais 5 fictícios) para as mulheres e 90 (mais 5 fictícios) para os homens. É certo, todavia, que esses índices devem acompanhar a progressão que estabelecida pelo próprio dispositivo legal (art. 29-C, §2º).

Entrementes, no que é concernente ao objeto do presente estudo, a jurisprudência ainda não demonstra um entendimento pacífico sobre a matéria, proliferando decisões com posicionamentos conflitantes entre si, os quais podem ser depreendidos dos arestos colacionados a seguir:

ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA PREVISTA EM NORMA COLETIVA.

I – O Tribunal Regional **reconheceu ao autor o direito ao pagamento de indenização relativa ao período de estabilidade pré-aposentadoria**, com pagamento de salários e demais vantagens, por verificar que **a despedida ocorreu no biênio que antecedeu a data para o exercício do direito à aposentadoria integral**.

II – O Colegiado **refutou a tese da reclamada de que a garantia relacionava-se ao prazo para requerimento da aposentadoria proporcional**, ao fundamento de que a cláusula normativa não distingue o tipo de aposentadoria e que o jubileamento

proporcional constitui exceção pela qual o empregado opta desde que atenda aos seus interesses pessoais.

(...)

(TST – Processo n°. 0113100-17.2003.5.05.0016. Classe Processual: RR. Relatoria: Min. Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão Judicante: 4ª Turma. Julgado em 09/08/2006. Acórdão Publicado em 25/08/2006).

(grifos insertos)

**RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA - EMPREGADO QUE JÁ DETINHA DIREITO À APOSENTADORIA PROPORCIONAL.**

**Se na oportunidade da despedida o empregado já detinha direito à aposentadoria proporcional, não faz jus à estabilidade pretendida**, uma vez a norma coletiva que instituiu a garantia é direcionada àqueles que estão a determinado prazo para aquisição do direito mínimo à aposentação. Provedimento negado.

(TRT-4ª Região. Processo n°. 0055000-18.2007.5.04.0611. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Maria Helena Mallmann. Órgão Judicante: 3ª Turma. Julgado em 03/12/2008. Acórdão Publicado em 15/12/2008).

(grifos insertos)

**Estabilidade pré-aposentadoria** prevista em norma coletiva bancária. **Tese defensiva de que a vantagem se esgotaria após alcançado o tempo de serviço necessário para aposentadoria proporcional, não sendo aplicável à hipótese de aposentadoria integral.** Ambas as modalidades de aposentadoria são citadas na norma, sem que uma exclua a outra. Logo, não vejo outra forma de interpretar a cláusula referida senão **reconhecendo que o trabalhador faz jus à estabilidade pré-aposentadoria pouco antes de completar o interregno necessário para a aposentadoria proporcional e volta a gozar desse direito às vésperas de concluir o tempo mínimo para gozar do benefício integral.** Correta a sentença ao reconhecer ao reclamante direito à estabilidade pré-aposentadoria, nos termos de norma coletiva.

(TRT-1. Processo n°. 0001258-26.2010.5.01.0007. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Jorge Fernando Gonçalves da

Fonte. Órgão Judicante: 3ª Turma. Julgado em 09/04/2012.  
Acórdão em 26/04/2012).

(grifos insertos)

Convém ressaltar, todavia, que as desavenças nesse mote são generalizadas, afinal são passíveis de ocorrência em qualquer categoria, independentemente do seu ramo de atuação. No que concerne ao magistério privado, o debate não prescinde do exame sobre a dicção da norma coletiva em face dos mandamentos legais atinentes à aposentadoria, tendo como instrumento balizador e orientador os Princípios da Proteção, da Continuidade e da Razoabilidade.

Conforme se expôs alhures, as lides assentadas sobre o assunto analisado têm suas respectivas soluções condicionadas à cláusula instituída em ACT ou CCT a qual está submetido o empregado. Isso porque, no bojo da garantia de emprego pré-aposentadoria, estando nominado ou estando nominados os tipos de jubilação, ficam alijadas quaisquer digressões quanto à data em que expira a segurança de emprego ao trabalhador pela da véspera da sua jubilação.

312

Veja-se uma mostra de disposição em CCT onde a clareza da norma inibe dissensões interpretativas:

Os professores e demais profissionais abrangidos na cláusula primeira, que estiverem a 12 (doze) meses da aquisição do direito à **aposentadoria, por tempo de contribuição, especial ou, por idade**, não poderão ser despedidos salvo prática de justa causa.

(grifo inserto)

Com efeito, as espécies de aposentadoria estão identificadas e, portanto, os momentos de alcance pelo trabalhador são previamente conhecidos, cessando com eles o óbice temporário ao ato unilateral e injustificado do empregador em pôr termo à contratualidade laboral. Cabe assinalar, ainda, que a cláusula tomada como exemplo é dotada de inconfundível completude, pois confere ao trabalhador a efêmera garantia de emprego em três formas ímpares de inativação (por tempo de contribuição, por idade e especial).

Dessarte, pela regra supratranscrita, uma professora com pretensões de se aposentar por idade apenas terá o amparo da estabilidade se, no ato da sua demissão imotivada, faltar um ano ou menos para que

complete 60 anos de idade e preencha os demais requisitos legais.

Sucedee, todavia, que a cláusula convencional pode ser omissa e não determinar a espécie de jubilação cujo período de tempo precedente visa proteger. Não raro, a Justiça do Trabalho é instada a solucionar desentendimentos entre professores e estabelecimentos particulares de ensino básico quando o ACT ou CCT, ao instituir a garantia de emprego pré-aposentadoria, utiliza tão somente a expressão “aposentadoria” e deixa um vácuo propício a interpretações variadas.

Outro problema relacionado à questão em exame é que algumas normas convencionais possuem redações anacrônicas, as quais, em sede de estabilidade pré-aposentadoria, mencionam formas de jubilação que foram extintas por alterações no Direito Previdenciário Nacional, sem que as respectivas cláusulas recebessem as adequadas atualizações. Nessa hipótese, o principal desafio para o operador jurídico é transladar o real sentido na norma convencional retrógrada para a situação litigiosa do cotidiano, *mutatis mutandis*.

Como exemplo, toma-se a dicção do *caput* da Cláusula Trigésima Sexta da CCT (2015/2017) firmada entre o Sindicato dos Professores de Itajaí – SC e o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina, *ipsis litteris*:

Fica vedado as escolas a dispensa sem justa causa do professor durante os 24 (vinte quatro) meses que antecedem a data em que o mesmo adquirir o direito à **aposentadoria voluntária por tempo de serviço integral**, desde que esteja no atual emprego, no mínimo, a 5 (cinco) anos ininterruptos.

(grifo inserto)

Observa-se que o texto transcrito anteriormente faz menção ao “tempo de serviço”, que não mais subsiste como requisito para a concessão das aposentadorias nem mais integra as bases de cálculo. O advento da EC<sup>14</sup> nº 20/1998 deflagrou a Reforma da Previdência Social e tornou o ‘tempo de contribuição previdenciária’ um dos critérios *sine qua non* para a inativação dos segurados pelo RGPS.

*A priori*, a conclusão plausível seria de que a norma epigrafada

<sup>14</sup> Emenda Constitucional.

assegura a estabilidade aos professores por um prazo de dois anos até a aquisição do direito à jubilação com o tempo mínimo de contribuição, visto que, tendo-se em conta o tempo de serviço (antes da EC nº 20/1998) e o seu abatimento em cinco anos para os profissionais do magistério, a percepção de proventos integrais de aposentadoria seria possível aos 25 anos de contribuição para a mulher e aos 30 anos de contribuição para o homem, inexistindo vantagem financeira para ambos se permanecessem na ativa.

Nesse prisma, ora quando a cláusula convencional é omissa ora quando contém um texto desatualizado, a resolução jurídica há de ser a mesma, visto que a utilização do fator previdenciário na apuração do valor das aposentadorias não mais exprime o recebimento de proventos integrais pelo professor ou pela professora que requererem sua aposentadoria assim que alcançado o tempo mínimo. A justificativa disso está na idade do segurado e na sua expectativa de sobrevida, que são elementos componentes da fórmula para a quantificação do benefício aposentatório e que, em regra, comprimem seu valor, tornando o adiamento da jubilação uma opção financeira interessante ao pré-aposentado.

É importante sublinhar que, na aposentadoria dos profissionais do magistério, o arrefecimento dispensado pelo Estado é unicamente em relação ao tempo de contribuição ao INSS, permanecendo incólumes as outras exigências legais de observância geral. Por conseguinte, aplicado o fator previdenciário, não haverá problemas na totalidade dos recolhimentos (*ex vi* dos incisos II e III do § 9º<sup>15</sup> do art. 29 da Lei nº 9.876/1999), mas é fato que os referidos trabalhadores, em sua irretorquível maioria, são significativamente jovens em termos de seguridade social (geralmente na faixa etária dos 50 anos de idade) e, portanto, sendo maiores as suas expectativas de sobrevida, menores serão os índices do fator previdenciário, o que arrocha o numerário da

---

<sup>15</sup> § 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: (...) II - cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; III - dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

jubilção a ser concedida.

Sem embargo, a realidade demonstra que a concessão da aposentadoria típica do magistério não garante ao profissional solicitante a percepção de proventos integrais quando jubilado, equivalendo dizer que, por implicação direta do fator previdenciário, essa modalidade de jubilção passou a ser de renda proporcional, salvo se computada a soma de pontos prevista no art. 29-C da Lei nº 8.213/1991.

Esse panorama condiz, naturalmente, com a postura de parte do professorado e demais membros do magistério em preferir o adiamento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição ao invés requererem o benefício exclusivamente pelo tempo mínimo excepcionalmente ofertado a sua categoria. O porquê disso ressoa óbvio: a implementação cronológica (idade) e contributiva (exemplo 30 anos para as professoras e 35 anos para os professores) majora o índice do fator previdenciário e, conseqüentemente, a renda mensal da jubilção.

Aliás, essa hipótese foi vislumbrada pelo art. 56 do Decreto nº 3.048/1999, por seus §§ 3º e 4º, *in litteris*:

§3º Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos previstos no *caput*, ao segurado que optou por permanecer em atividade.

§4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o valor inicial da aposentadoria, apurado conforme o § 9º do art. 32, será comparado com o valor da aposentadoria calculada na forma da regra geral deste Regulamento, mantendo-se o mais vantajoso, considerando-se como data de início do benefício a data da entrada do requerimento.

A permanência desses obreiros na ativa causa implicações no tocante à “estabilidade pré-aposentadoria”, porque, nos casos de omissão ou imperfeição textual do ACT ou da CCT, o entender de alguns estabelecimentos privados de ensino básico é de que a inviabilidade da dispensa imotivada perece no momento em que o membro do magistério obtém o acesso à jubilção pelo tempo mínimo de contribuição (com valores, em regra, proporcionais) e, logo, a segurança mínima de manutenção do seu sustento e de sua família.

Outro pretexto suscitado é que, estando satisfeita a exigência

contributiva, a especialidade da aposentadoria dos profissionais do magistério assegura a integralidade dos rendimentos aposentatórios, premissa que é eivada de erro, visto que remete ao período anterior a EC nº 20/1998, quando o fator previdenciário nem sequer existia.

Sobre o tema, é hiante o desnorтеio jurisprudencial. Veja-se:

**ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. PROFESSORA. CONTRIBUIÇÃO SUPERIOR A 25 ANOS. ÔNUS DA PROVA.**

Havendo nos autos informação prestada pelo INSS de que à data da despedida **a Reclamante já contava com mais de 25 anos de contribuição como professora, provado se encontra que esta já não se encontrava em gozo de estabilidade pré-aposentadoria quando da despedida**, uma vez que, segundo a cláusula normativa em vigor, goza de tal estabilidade pré-aposentadoria o trabalhador que estiver a 12 (doze) meses da aquisição do direito à aposentadoria, por tempo de contribuição. **Em se tratando de professor, o tempo necessário de contribuição se limita a 25 anos, os quais a Reclamante já possuía quando da despedida.**

(TRT-5. Processo nº. 0045200-04.2005.5.05.0030. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Luíza Lomba. Órgão Judicante: 2ª Turma. Julgado em 18/03/2010. Acórdão Publicado em 22/03/2010).

(Grifos Insetos)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA – CABIMENTO.**

A decisão regional, amparada no exame dos fatos e das provas dos autos, incluindo a transcrita convenção coletiva, **constatou de ter a autora o direito à estabilidade pré-aposentadoria, porque a cláusula 32 da CCT dispunha acerca do professor que, comprovadamente, estivera 24 meses ou menos de se aposentar, integralmente, por tempo de serviço ou por idade**, a garantia de emprego durante o período que faltar até a aquisição do direito.

Constatou-se que, **na data da dispensa, a reclamante contava com 28 anos, um mês e sete dias de tempo de contribuição ao INSS, restando, portanto, demonstrado que, à época da rescisão contratual, contava com menos de 24 meses de completar os 30 anos de contribuição**, estabelecidos no art.

201, § 7º, I, da Constituição Federal.

[...]

Agravo de instrumento desprovido.

(TST. Processo nº. 3519-55.2010.5.02.0000. Classe Processual: AIRR. Relatoria: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Órgão Judicante: 1ª Turma. Julgado em 11/10/2011. Acórdão Publicado em 21/10/2011).

(grifos insertos)

No particular da estabilidade pré-aposentadoria (nos casos de omissão ou desatualização da cláusula convencional), malgrado os profissionais do magistério privado detenham unicamente uma expectativa de direito ao desejarem uma aposentadoria por tempo de contribuição com rendimentos maiores<sup>16</sup>, é juridicamente inviável presumir, ao deleite do empregador, que os mencionados obreiros almejem sempre a jubilação pelo tempo mínimo de contribuição, a qual, por ser de ganho proporcional (em regra), é menos benéfica economicamente e se constitui em exceção que não sujeita o trabalhador, pois se espera que esse a requeira apenas se for da sua conveniência.

Ademais, a simples expectativa de direito é resguardada pelo ordenamento pátrio em determinadas ocasiões, como no caso da dispensa injustificada e com o fito de obstaculizar a aquisição do direito à estabilidade pelo empregado. Deve-se ter mente, outrossim, que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão por força de lei (art. 5º, II, da CRFB/1988) e, *in casu*, não há norma que obrigue o obreiro do magistério a solicitar a aposentadoria típica da sua profissão assim que imediatamente adquira o direito, salvo *sponte sua*.

O escopo inderrogável da jubilação excepcional do magistério não é prejudicar seus membros, mas, sim, beneficiá-los. Portanto, se, no ato da jubilação, a idade do segurado provocar a redução no valor do seu rendimento aposentatório, não há cogitar (porque infundado) nenhum impedimento para a continuação contributiva à Previdência Social com vistas ao alcance do tempo necessário à “aposentadoria integral”. Em suma, a aposentação própria do profissional do magistério não pode

<sup>16</sup> Poder-se-ia utilizar a expressão “integrals” para designar a não incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.

servir de artifício aos estabelecimentos privados de ensino básico para se verem desobrigados de manter o contrato de trabalho com o empregado nessas condições ou se recusarem a indenizá-lo pelo período estabilitário.

Se há dúvida na interpretação da cláusula convencional, o não reconhecimento do direito à garantia de emprego pré-aposentadoria do obreiro do magistério afigura aparente incongruência com o Princípio da Razoabilidade, uma vez que, possibilitando a sua demissão sem justa causa, o desguarnece justamente na ocasião em que o seu retorno ao turbulento mercado de trabalho põe em xeque a sua pretensão de adquirir a aposentadoria por tempo de contribuição (risco da perda da qualidade de segurado). A eventual manutenção da prestação de serviços pelo empregado não dá azo a prejuízos ao empregador que, em sua condição, pode suportá-la por determinado tempo, sendo razoável assistir o trabalhador que está na fase de pré-aposentadoria.

Por outro lado, reveste-se de importância a inteligência do Princípio da Continuidade, Plá Rodriguez (1978, p. 138) preconiza que:

Para compreender esse princípio devemos partir da base que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga.

Delgado (2011, p. 203), que não destoia dessa tese, assinala:

Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justalboralista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.

O princípio em destaque impede que se tenha a aposentadoria como sinônimo de rompimento do pacto laboral, daí porque, visando conferir a maior duração possível à relação empregatícia, esse preceito também informa o interesse estatal em que os cidadãos não requeiram suas jubilações precocemente, o que aumentaria os encargos do INSS. A opção do profissional do magistério em continuar na ativa é albergada

pelo citado Princípio, pois, ao manter o contrato de trabalho, torna viável a jubilação com proventos maiores, de modo que o inativo não se veja obrigado a regressar ao mercado de trabalho para complementar seus rendimentos mensais, fato que germinaria outro problema social (desemprego).

Nesse compasso, inarredável suscitar o Princípio Protetor, valendo a lição de Plá Rodriguez (1978, p. 28) o seguinte conceito:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Plá Rodriguez (1978, p. 42-3) ainda fala que o Princípio da Proteção está dotado de irradiação tríplice, mas sob feixes inconfundíveis (também designados de “Princípios”): o da “regra *in dubio, pro operario*”; o da “regra da norma mais favorável” e o da “regra da condição mais benéfica”. Consoante a lição evocada, a primeira consiste em um recurso para sanar dúvidas na interpretação do conteúdo legal, ocasião em que, admissível mais de uma ilação, decidir-se-á pela que mais favorecer o trabalhador; a segunda no mandamento autorizante para que, aplicável mais de uma norma, se eleja a mais favorável ao obreiro, independentemente de ser hierarquicamente inferior a outras; a terceira no mandamento proibitivo para que as normas recém-editadas excluam ou reduzam condições mais benéficas ao obreiro, viabilizando-lhe, pois, sob essas jazer. No último capítulo, esses desdobramentos serão acoplados à temática central da presente monografia.

Por derradeiro, sob o pálio do Princípio da Proteção, mormente o desmembramento e/ou derivação denominado “*In dubio pro misero*”, pairando dúvidas acerca do texto expresso em cláusula de ACT ou CCT dispondo sobre o direito à estabilidade pré-aposentadoria, a orientação inofismável é no sentido de que deve prevalecer a interpretação mais favorável ao trabalhador, o que, em justaposição com os outros

fundamentos, é suficiente para vedar o rompimento do contrato laboral com o profissional do magistério que, mesmo já tendo adquirido o direito à jubilação própria da sua ocupação, anseia, por motivos financeiros, a aposentadoria por tempo de contribuição que lhe permita auferir maior renda (implemento dos critérios do sistema 85/95).

## 5 CONCLUSÕES

O liame erigido nos itens pretéritos expôs a realidade do magistério privado no que diz respeito à garantia de emprego pré-aposentadoria dos seus integrantes: os efetivamente docentes e aqueles que, sendo ex-professores, não mais desempenham suas tarefas em sala de aula por terem ascendido a algum cargo de coordenação e/ou assessoramento pedagógicos ou de direção escolar, conservando, entretanto, o direito à jubilação nos termos do art. 201, § 8º, da CRFB/1988. Desta feita, professores (*stricto sensu*) e ex-professores que jazem como diretores escolares, orientadores pedagógicos, educacionais ou disciplinares estão inclusos na mesma tessitura jurídica para fins de aposentação.

É de se frisar que a garantia provisória de emprego pela véspera da jubilação é matéria carente de uma unidade normativa por lei federal, consistindo sua segurança jurídica em um modelo fragmentado, melhor dizendo: por não ser regra cogente, mas, sim, dispositiva (não prescinde de mediação), ora pode beneficiar uma classe de trabalhadores ora pode não ter préstimo para várias outras, tudo de acordo com previsão em ACT ou CCT.

No magistério privado, os estabelecimentos de ensino são oriundos da iniciativa particular e possuem fins lucrativos, não se mostrando crível que sempre pretendam manter, no seu quadro pessoal, trabalhadores cujos salários tornaram-se onerosos em face da incorporação de gratificações e adicionais diversos ao longo da carreira. A eventualidade de se verem obrigados a indenizar o período estável (pré-aposentadoria) também não interessa a alguns empregadores, daí a sua negativa de reintegração ou compensação pecuniária (substitutiva) em razão da peculiaridade aposentatória desses obreiros, o que é fato corriqueiro se o ACT ou a CCT não são textualmente precisos.

Contudo, a exegese à luz dos Princípios da Razoabilidade, da Continuidade e da Proteção sugere a inópia de um albergue ao trabalhador que esteja nessas condições, primando por uma relação empregatícia mais equilibrada. Conquanto lhes haja a garantia de jubilação com a redução no tempo de contribuição previdenciária, os obreiros do magistério podem optar, *nihil obstat*, pela permanência em atividade com vistas à obtenção de uma jubilação mais vantajosa economicamente, o que, aliás, é quase irrefutável diante da inflação, cuja recomposição insuficiente desencadeia a corrosão dos benefícios aposentatórios com valores superiores ao do salário mínimo.

Do mesmo modo, vale dizer que as questões relativas à aposentadoria do trabalhador (seja ele do magistério ou não) dizem respeito à relação jurídica entre ele e o INSS (autarquia federal), bilateralidade essa que é inconfundível com a relação jurídica laboral, a qual, por sua vez, envolve o empregado (pessoa física) e seu empregador (pessoa física ou jurídica). Ante essa circunstância, não se pode admitir nenhuma ingerência por parte do empregador no que é concernente à época de solicitação da jubilação pelo obreiro, até porque ela não tem o condão de extinguir o contrato de trabalho conforme entendimento sedimentado pelo *Excelso Pretório* no julgamento das ADIn's n.º 1.721 e 1.770, finalizado em 11-10-2006.

É por isso que, sendo controversa a data do exaurimento da estabilidade pré-aposentadoria, não pode a forma típica de aposentação do magistério se constituir em um elemento liberatório à dispensa imotivada por iniciativa do empregador, ao qual não foi outorgado o direito de interferir em relação jurídica diversa da qual figura, cabendo somente ao empregado a escolha da jubilação que melhor atender às suas perspectivas.

Se a norma convencional é precisa e determina hermeticamente que o marco decadencial da estabilidade pré-aposentadoria será a data de obtenção (pelo empregado) da jubilação típica da sua categoria, não há falar em guarida judicial à expectativa de direito, pois o julgador deverá interpretá-la restritivamente em virtude da livre volição dos trabalhadores e empregadores em negociar, legalmente, melhorias nas condições de trabalho.

Noutras palavras, se o ACT e a CCT firmarem a decadência do direito à garantia de emprego pré-aposentadoria na ocasião do acesso à jubilação própria do magistério, não subsistirá óbice ao empregador para que rescinda, sem justa causa, o contrato de trabalho com o respectivo empregado, desimportando eventual interesse desse por outras condições de aposentadoria, restando frustrada a sua expectativa de direito.

Nada obstante, se a redação da cláusula convencional germinar dúvida quanto à espécie de aposentadoria (pelo tempo mínimo de contribuição ou pelo sistema 85/95) que fulmina a aludida estabilidade, tal a garantia à manutenção do emprego que melhor beneficie o empregado/segurado deve ser reconhecida, reintegrando-se ele em sua função ou, em caráter substitutivo, indenizando-o pelo período correspondente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 1º set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 15 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 1º set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 5.107**, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 15 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.876**, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm)>. Acesso em: 5 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 11.301**, de 10 de maio de 2006. Altera o art. 67 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm)>. Acesso em: 1º dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.183**, de 4 de novembro de 2015. Altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

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, p. 1156.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 2 ed. São Paulo: LTr., 1978.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para Concursos Públicos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método; 2008.

SINDICATO DOS PROFESSORES DE ITAJAÍ & SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2017**. Disponível em: <<http://www.sinproitajai.org.br/cct.html>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3772. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 27/03/2009 – **Ata nº 8/2009** – DJE nº. 59. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência. Súmulas**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Jurisprudência. **Recurso Ordinário nº. 0001258-26.2010.5.01.0007**. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 26/04/2012. Disponível em: <<http://consulta.trt1o.jus.br/portal/processoListar.do?jsessionid=7f00000130d6059de46352694baba359c31be0e68662.e3uMb3eNbxAOe3yRbxmSaN0Nci1ynknvrkLOIQzNp65In0>>. Acesso em: 28 jun. 2016

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Jurisprudência. **Recurso Ordinário nº. 00550-2007-611-04-00-4**. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 15/12/2008. Disponível em: <[http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta\\_lista](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. Jurisprudência. **Recurso Ordinário nº. 0045200-04.2005.5.05.0030**. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 22/03/2010. Disponível em: <[http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta\\_documento\\_blob.asp?v\\_id=AAAb0CADDAAACAL2AAY](http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAb0CADDAAACAL2AAY)>. Acesso em: 21 jan. 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Jurisprudência. **Recurso de Revista nº. 113100-17.2003.5.05.0016**. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 25/08/2006. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%2-%2113100-17.2003.5.05.0016&base=acordao&numProcInt=112033&anoProcInt=2005&dataPublicacao=25/08/2006%2000:00:00&query=>>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência. Agravo de Instrumento em **Recurso de Revista nº. 0003519-55.2010.5.02.0000**. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 21/10/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AI RR%2-%3519-55.2010.5.02.0000&base=acordao&numProcInt=245374&anoProcInt=2010&dataPublicacao=21/10/2011%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

# O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO CPC: DESAFIOS E PERSPECTIVAS



*Iraú Oliveira de Souza Neto*<sup>1</sup>

*Narbal Antônio de Mendonça Fileti*<sup>2</sup>

**Resumo:** O artigo procura apresentar de forma clara e concisa a definição e o regramento do ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo com o advento do novo CPC. Busca, também, abordar, além das funções inerentes, as teorias que justificam as diversas formas de distribuição do ônus da prova, bem como eventual compatibilidade com as peculiaridades da sistemática processual do trabalho.

**Palavras-chave:** Ônus da prova. Distribuição estática do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Novo Código de Processo Civil. Processo do trabalho.

325

## 1 INTRODUÇÃO

A “arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”, já afirmou Bentham (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

A título histórico, a preocupação em estabelecer um critério preciso para administração do encargo da prova entre os litigantes

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Processual Civil, Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Professor de Direito do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica, Professor de Processo do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Professor de Processo do Trabalho da Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), da Universidade do Vale do Itajaí/Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região (UNIVALI/AMATRA 12) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), Professor Convocado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC, Membro do Conselho Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), Juiz do Trabalho Titular na 12ª Região.

remonta a épocas distantes. Segundo Teixeira Filho (2015, p. 495), na antiguidade, Aulus Gellius, inspirando-se em seu mestre, o filósofo Favorinus, afirmava que, se as provas produzidas não convencessem, dever-se-ia decidir a favor do litigante mais probo, e, na hipótese de ambos possuírem a mesma reputação, a decisão deveria propender em favor do réu. O subjetivismo e o caráter discriminatório de que era provido, contudo, revela a falibilidade desse critério.

Com o passar dos tempos, as regras foram, pouco a pouco, se aperfeiçoando, a fim de que se aproximassem, cada vez mais, da equidade que se espera do processo judicial.

Nesse passo, para que a parte autora consiga a tutela jurisdicional almejada, é indispensável que se demonstre a veracidade das alegações que fundamentam sua pretensão. De igual forma, para ter sucesso na sua resistência à pretensão, a depender do caso, também a parte ré deverá comprovar suas alegações deduzidas em juízo.

A comprovação das alegações se faz com uso adequado das provas postas à disposição da parte, tudo com o fim principal de convencer o juiz. No entanto, mais do que saber manejar a produção probatória, é saber quando, e em quais situações, há a necessidade da prova. É dizer: a quem incumbe provar esta ou aquela alegação?

É disso que se trata o ônus da prova: distribuição do encargo probatório.

Não dominar as regras do ônus da prova importaria, v. g., na hipótese de não demonstrar satisfatoriamente o fato constitutivo do direito pleiteado ou, ainda - o que não é incomum na praxe forense -, na tentativa de demonstrar em juízo algo que não lhe caberia (ônus imperfeito). Sobre essa última hipótese, não se deve ignorar a prova produzida nos autos, tendo em vista o princípio da aquisição processual da prova (ou comunhão da prova), disposto no art. 371 do CPC<sup>3</sup>, de aplicação subsidiária à processualística trabalhista.

Daí a relevância do conhecimento das regras de ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo com a entrada em vigor do novo

<sup>3</sup> “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

CPC, que implementou novel tratamento ao assunto, até então silente no ordenamento juslaboral.

E é em razão desse novo regramento proposto, em cotejo com as regras já existentes na CLT e com o entendimento consolidado na jurisprudência trabalhista, que o presente trabalho se desenvolverá, sobretudo a fim de perquirir eventual mudança na sistemática até então vigente no âmbito do processo laboral.

## 2 ÔNUS DA PROVA

### 2.1 Definição

Ônus da prova é o encargo processual de comprovar, em juízo, a veracidade de determinada alegação. Segundo Martins, “a palavra ônus vem do latim *onus*, que tem significado de carga, fardo, peso” (2013, p. 323).

Segundo posição doutrinária atual, não se trata de um dever, mas de faculdade ou encargo processual da parte, cuja inobservância poderá ocasionar desvantagens e prejuízos no processo<sup>4</sup>.

Todavia, cabe aqui uma singela ponderação.

A despeito de não significar um dever legal, os arts. 77, I, e 378, ambos do CPC, impõem uma releitura acerca da conduta a ser tomada pelas partes quando da produção probatória, tendo em vista o dever de colaboração para a busca da verdade. Em que pese haver previsão parecida no CPC de 1973, o novo ordenamento processual eleva esse comportamento cooperativo a *status* de norma fundamental (art. 6º do CPC<sup>5</sup>).

Daí por que a noção de faculdade (ônus), em que pese

---

<sup>4</sup> Segundo Carnelutti (apud TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 497), “a diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus”.

<sup>5</sup> “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

concebida majoritariamente, pode ser percebida com ressalvas, a fim de incorporar à cultura processualística a ideia de que o processo não é palco de estratégias, mas instrumento apto à busca da decisão justa e equânime, o que confere às partes, independentemente do ônus que assumem, agir com lealdade e honestidade processual.

Não por outro motivo, ao tratar da exibição de coisa, o CPC inovou ao possibilitar que o juiz adote medidas coercitivas para compelir a parte (e não apenas o terceiro, como previsto no CPC/73) a exibi-la (art. 400, parágrafo único, do CPC). Trata-se, a nosso ver, de opção legislativa interessante, na medida em que impõe a obrigação de acostar todas as provas necessárias à busca da verdade, sobretudo quando a cominação de presunção de veracidade não for suficiente.

Não obstante as pontuações anteriores, conclui-se que as regras de ônus da prova determinam a quem subsiste a obrigação de comprovar determinada alegação, sob pena de ter prejudicada sua pretensão ou resistência, a depender da posição que assume no processo.

328

## 2.2 Funções Subjetiva e Objetiva

As regras de ônus da prova assumem duas funções basilares, a saber: uma de ordem subjetiva e outra de ordem objetiva.

A primeira finalidade do ônus da prova serve à orientação da própria parte acerca das suas condutas no processo. Decorre do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF), uma vez que a distribuição do encargo deve ser conhecida previamente, a fim de que cada parte possa se organizar e adotar a estratégia processual que se apresente mais adequada.

A essa função se dá o nome de “subjetiva”, segundo a qual se permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato” (MOREIRA, 1998 *apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 107).

Ganha relevo a função subjetiva na medida em que se concebe a importância da prova para a parte. A esse respeito registra-se o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual

“[O]s destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Sob outro ângulo, o ônus da prova também assume a função de regra de julgamento, neste particular dirigida ao juiz do processo. Isso porque, considerando-se que, cedo ou tarde, o processo findará, o juiz, ainda que precária a produção de prova, deverá utilizar o regramento da distribuição do ônus da prova para julgamento. É a função “objetiva” do ônus da prova.

Trata-se de distribuição de riscos, porquanto o regramento do ônus da prova indica qual das partes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se ter desvencilhado do seu encargo probatório.

A título de exemplo de aplicação da função objetiva, imagine-se a ausência de ambas as partes à audiência de prosseguimento, na qual deveriam depor sob as cominações previstas na Súmula nº 74 do TST. Nessa hipótese, não se autoriza a aplicação da confissão ficta apenas a uma delas, mas a ambas. Hão de ser examinadas as alegações deduzidas, com a delimitação do objeto da prova, e, mais importante, procedida à distribuição de seu ônus, para, então, aplicando-se a regra de julgamento em desfavor daquele a quem incumbiria demonstrar sua alegação, sobrevir o julgamento das pretensões.

A propósito:

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (ônus objetivo), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo – o último refúgio para evitar o *non liquet*. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 108)

Portanto, analisadas as principais funções do ônus da prova, passa-se à análise das teorias que circundam a distribuição do ônus da prova no sistema processual.

### 2.3 Distribuição Estática *versus* Distribuição Dinâmica

Tradicionalmente, incumbe ao legislador definir a quem cabe o ônus de provar. Trata-se da formalização de uma regra genérica e abstrata, distribuindo-se os encargos a depender das proposições levadas a juízo. A este tipo de distribuição deu-se o título de “distribuição estática”, sobretudo porque as regras se encontram estagnadas da forma como o legislador pretendeu, desconsiderando-se eventuais desníveis ou diferenças do caso concreto.

Com efeito, aproxima-se a teoria estática da concepção individual e liberal de processo, porquanto prima pela igualdade formal entre as partes. Há quem suponha que a adoção da teoria estática primária pela segurança jurídica, uma vez que, independentemente do fenômeno circunstancial do caso, já saberiam as partes o seu encargo e sua responsabilidade processual.

Com a posição anterior não concordamos.

O engessamento da distribuição do encargo probatório evidencia uma falsa segurança jurídica, porquanto despreza a realidade existente nas relações sociais e, por conseguinte, nas relações processuais. Na praxe, não é raro perceber potenciais iniquidades geradas em razão da excessiva dificuldade de uma parte na demonstração de sua afirmação, apesar de a legislação, em sua abstração, ter-lhe delegado esse encargo – por vezes intransponível.

A título de ilustração, imagine-se a dispensa do empregado sob acusação de embriaguez em serviço. Ele propõe ação trabalhista pleiteando a reversão, sob o argumento de nada ter ingerido antes do início da jornada. Seguindo a diretriz legal e genérica do ônus da prova, caberia a ele comprovar sua alegação, o que não se mostra justo, dada à difícil produção probatória. Portanto, melhor seria imputar à empresa a prova de que o empregado cometeu a falta que justificou a resolução contratual.

Assim, com o escopo de solucionar a dificuldade destacada, e como contraponto à anêmica teoria estática, ganha espaço a “teoria das cargas dinâmicas da prova”, também denominada “distribuição dinâmica do ônus da prova”, segundo a qual a regra legal do ônus da prova deve ser

relativizada, a depender das circunstâncias de cada caso.

Sobre o assunto, Greco (2011, p. 109):

O juiz deve sair da inércia para suprir as deficiências de iniciativa probatória das partes, aplicando fundamentadamente a regra da chamada carga dinâmica das provas, ou buscando, ele próprio, as provas, de modo que se certifique de que foram esgotados todos os meios legítimos e acessíveis de busca da verdade.

A maleabilidade concedida ao juiz no manejo do ônus da prova fortifica e concretiza materialmente o princípio da paridade de armas, escoltado no princípio da isonomia (art. 7º do CPC<sup>6</sup>). Nas palavras de Carnelutti (2004, p. 132), a redistribuição do ônus da prova, quando as circunstâncias assim a exigirem, constitui em instrumento para alcançar a finalidade real do processo, que não é a simples composição do litígio, mas a justa composição do litígio.

Apesar de reconhecer que a distribuição dinâmica do ônus da prova não seja regra, mas exceção, não se ignora que algumas relações sociais, por sua natureza, demonstram inexorável disparidade entre os sujeitos que delas, de alguma forma, participem. Essas relações sociais, quando judicializadas, transportam essa assimetria para o âmbito processual, razão pela qual a adoção da teoria dinâmica, em determinadas searas, ainda que não seja regra, deve ser mais exigida, se cotejada com outras áreas.

No âmbito trabalhista, sobretudo na relação de emprego, presumida a hipossuficiência jurídica do empregado, se prevê maior aplicabilidade da redistribuição do ônus da prova, uma vez que se pressupõe que o empregador está em melhores condições de subsidiar o juiz das provas necessárias ao seu convencimento, chegando-se à decisão mais próxima da realidade possível.

## **2.4 Distribuição Dinâmica sob a Perspectiva Constitucional**

Fala-se hoje, com certa tranquilidade na doutrina e na jurisprudência, em eficácia horizontal dos direitos fundamentais em

---

<sup>6</sup> “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

contraponto à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Isso porque, de tempos para cá, percebeu-se insuficiente a ideia de que os direitos fundamentais apenas serviriam de barreira a arbitrariedades do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), sobretudo em razão da crescente desigualdade entre os particulares, tão nociva quanto. Tornou-se necessário, notadamente em sociedades com índices elevados de diferenças socioeconômicas, que o Estado agisse de modo a garantir que a heterogeneidade entre os sujeitos não fosse motivo para cometimento de excessos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Nas palavras de Sarmiento (2010, p. 124), a eficácia horizontal (por ele denominada eficácia irradiante) busca a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas, no ato da aplicação, sejam analisadas pelo profissional do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no Texto Constitucional.

E esta eficácia horizontal pode ser sentida no âmbito processual?

Pensamos que sim. Citamos, a fim de reforçar nossa posição, o disposto nos arts. 1º, III<sup>7</sup>, 3º, I e III, e IV<sup>8</sup>, 5º, *caput*, LIV e LV<sup>9</sup>, todos da CF. Os mencionados dispositivos se inclinam, em maior ou menor medida, na construção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da isonomia substancial, inclusive nas relações privadas.

Na medida em que o processo serve para concretizar o

<sup>7</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”

<sup>8</sup> “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>9</sup> “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: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”

direito material, nada mais equânime do que transportar os princípios constitucionais referidos acima para a relação processual, a fim de nortear a aplicação e interpretação das regras e institutos procedimentais.

Com efeito, não seria justo imaginar que partes substancialmente desiguais possam litigar em iguais condições. Como já referido anteriormente, os efeitos práticos da desigualdade social são transportados ao processo, com todas as suas vicissitudes.

Vale lembrar a menção de Giovanni Tesorieri (*apud* TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 500-501): “quando o dador de trabalho e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma que continua”.

Nesse passo, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), hoje compreendido por sua natureza substancial<sup>10</sup>, deve ser invocado em face da parte *ex adversa*. A teoria dinâmica do ônus da prova serve, neste particular, como instrumento posto à disposição do juiz para que, no caso concreto, possa evitar que uma parte se sobreponha a outra (em respeito ao princípio da paridade de armas). E, ao redistribuir o encargo probatório à parte mais apta, o juiz pulveriza a disparidade de forças, equilibrando os litigantes, razão pela qual se pode afirmar que o manejo da redistribuição do ônus *probandi* se revela instrumento hábil à eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Em resumo: a relação processual deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais e em cotejo com a relação extraprocessual subjacente, sob pena de tão somente se importar as mesmas dificuldades da parte vulnerável. Interpretar as regras de ônus da prova sob o viés constitucional implica dissociar a odiosa desigualdade material (econômica, social ou cultural) do processo judicial, ambiente no qual as partes devem possuir oportunidades semelhantes, para o fim de se

<sup>10</sup> Do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial e hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, que significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 59-60).

buscar, sempre que possível, resultado equânime.

E é com base nas premissas antes mencionadas, sobretudo nos princípios constitucionais referidos, que se buscará, nessa articulação, examinar as inovações trazidas pelo CPC no tocante às regras de distribuição do ônus da prova, bem como sua aplicabilidade ao processo do trabalho, considerando as nuances e particularidades que contornam este ramo jurídico.

### **3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO**

#### **3.1 Disposição na CLT e seu tratamento pelo Judiciário**

A CLT adota a distribuição legal (ou estática) do ônus da prova, uma vez que o próprio legislador determinou abstratamente a quem incumbe o encargo probatório, conforme previsto no art. 818 da CLT, segundo o qual “[A] prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

334

Contudo, como já ressaltado, a distribuição do ônus da prova previamente definida pelo legislador nem sempre assegura a justiça do processo, sobretudo no âmbito do processo do trabalho, tendo em vista a presença, na sua maioria, de partes com nítida assimetria de poderes social e econômico: empregado e empregador. Dada à vulnerabilidade de um dos sujeitos, nem sempre é possível de ele exigir que se consiga demonstrar determinada alegação de fato, sobretudo quando se verifica, na prática, que a outra parte seria a mais apta a esclarecê-la.

Percebe-se, assim, que a distribuição do ônus da prova prevista no texto celetista não atende à demanda laboral com perfeição, devendo, por lógica, ser complementado pelo julgador no caso concreto, motivo pelo qual sempre se discutiu a aplicação da “teoria dinâmica do ônus da prova”, ou “distribuição dinâmica do ônus da prova” na seara laboral.

A falta de previsão legal na legislação trabalhista, todavia, não impediu o avanço hermenêutico nesse particular, o que se denota

das Súmulas n<sup>os</sup> 212<sup>11</sup> e 338<sup>12</sup>, ambas do TST. A posição adotada pela jurisprudência trabalhista, refletida nas súmulas referidas, visa amenizar a vulnerabilidade de uma parte, equiparando-a à parte mais forte. Trata-se da efetivação do princípio da paridade de armas, decorrente do princípio da isonomia substancial.

Cabe registrar: a redistribuição do ônus da prova promovida pelo juiz, em observância à teoria dinâmica, ainda que sem previsão legal na CLT e no CPC/73, não afronta o ordenamento jurídico pátrio. Isso porque o Juiz do Trabalho, na qualidade de diretor do processo e principal destinatário das provas, pode - ou deve - determinar as provas a serem produzidas, bem assim a forma como se dará esta produção (distribuição do ônus), tendo em vista sua maior liberdade de atuação no processo do trabalho (arts. 765<sup>13</sup> e 852-D<sup>14</sup> da CLT), o que não permite dispensar, todavia, a devida fundamentação (art. 93, IX, da CF).

Outro ponto importante a ser destacado, a justificar a adesão

<sup>11</sup> “DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

<sup>12</sup> “JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n<sup>os</sup> 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n<sup>o</sup> 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ n<sup>o</sup> 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ n<sup>o</sup> 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)” (sic)

<sup>13</sup> “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

<sup>14</sup> “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

da jurisprudência à aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, é a previsão do art. 8º da CLT<sup>15</sup>, segundo o qual, na falta de disposição legal, a Justiça do Trabalho decidirá por outras normas gerais de direito (direito comum, *v. g.*), naquilo que não houver incompatibilidade com os princípios que norteiam o direito processual do trabalho<sup>16</sup>. Desse contexto sempre se concebeu tranquilamente a aplicabilidade do art. 6º, VIII, do CDC<sup>17</sup>, cujo conteúdo permite a denominada “inversão do ônus da prova” promovida pelo juiz quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (vulnerável), segundo as regras ordinárias de experiência.

Portanto, como a regra celetista era silente, somado à previsão legal no CDC de que a hipossuficiência justificaria uma redistribuição do ônus da prova (“inversão do ônus da prova”, segundo o texto consumerista), a jurisprudência trabalhista encampou o princípio da “aptidão para a prova” a fim de redistribuir o encargo probatório à parte que se encontre em melhores condições de demonstrar a veracidade da alegação incontroversa.

Sobre a tendência de harmonizar as regras consumeristas ao processo do trabalho, colhe-se julgado do TRT da 5ª Região, cujo teor demonstra que já há muito os tribunais trabalhistas adotam a teoria dinâmica como corretor de desigualdades:

É plenamente aplicável no processo do trabalho o princípio da aptidão para a prova ou também chamado de tese da distribuição

<sup>15</sup> “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (sic)

<sup>16</sup> Por apreço à tecnicidade, assinalamos que o art. 8º da CLT visa, quando da constatação de lacuna, à integração do direito substantivo (*v. g.*, uso do CC ou do CDC ao direito material do trabalho), ao passo que o art. 769 da CLT objetiva o preenchimento normativo no âmbito das normas processuais do trabalho (*v. g.*, utilização do CPC ao processo do trabalho). Sendo assim, observaremos, no decorrer desta articulação, a diferenciação apontada.

<sup>17</sup> “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências [...]”

dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o fato constitutivo deve ser demonstrado por quem detém mais condições de fazê-lo. Com fulcro nesta teoria, o Código de Defesa do Consumidor inovou no sistema jurídico, ao possibilitar a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC (Lei 8.078/90). Ora, se nas demandas em que se discute violação a normas de Direito do Consumidor é possível tal ato jurisdicional, salutar sua aplicação no Processo do Trabalho, que, em regra, possui também duas partes em situação de desequilíbrio. (BAHIA, 2011)

Assim, considerando que o trabalhador, no mais das vezes, é nitidamente vulnerável na relação trabalhista subjacente ao processo judicial, é presumível que tenha dificuldade na prova de certas alegações, sobretudo quando a prova depender de documentos ou registros que estejam à disposição do empregador.

É o caso, a título exemplificativo, da alegação de horas extraordinárias. Ao deduzir trabalho em sobrejornada e pedir o pagamento das horas extraordinárias, segundo a regra prevista no art. 818 da CLT, o autor atrai para si o ônus da prova de suas afirmativas. Entretanto, a CLT, no seu art. 74, § 2º, estabelece às empresas com mais de dez empregados a obrigação de registrar as horas de entrada e saída, por meio dos denominados cartões-ponto. Tem-se, portanto, uma evidente facilidade da empresa reclamada em demonstrar os fatos controversos em juízo, motivo pelo qual cabe a “inversão” do ônus, conforme dispõe o TST na sua Súmula nº 338, já referida.

Ainda com vistas a redistribuir esse encargo da maneira mais equânime possível, recentemente o TST editou as Súmulas nºs 460<sup>18</sup> e 461<sup>19</sup>. A primeira estabelece que “[É] do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício”,

---

<sup>18</sup> “VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016 É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.”

<sup>19</sup> “FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016 É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).”

enquanto a segunda determina ser “do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS”.

Com relação à Súmula nº 460 (vale-transporte), impende ressaltar o teor da antiga OJ nº 215 da SBDI-1, hoje cancelada, pela qual se atribuía ao empregado o ônus de comprovar os requisitos para a concessão do vale-transporte. Em análise a um dos precedentes que justificaram a edição da Súmula nº 460 (ERR nº 250000-70.2006.5.09.0022), percebe-se que a modificação do entendimento configura evidente avanço na concepção hermenêutica das teorias da carga probatória, porquanto atribui o ônus da prova à parte que, efetivamente, se encontra mais apta para produzi-la: o empregador. Pela redação didática, reputamos de boa valia o destaque da ementa:

[...] Muito embora o artigo 7º, incisos I e II, do Decreto nº 95.247/87 estabeleça como condição de exercício do vale-transporte que o empregado informe por escrito a seu empregador seu endereço residencial e a linha de transporte utilizada em seu trajeto de ida e volta do trabalho (exigência, aliás, não prevista na própria Lei nº 7.418/87, ao instituir esse benefício), isso não autoriza o empregador a alegar em Juízo que seus empregados não se interessaram pelo recebimento daquela vantagem, sem nada precisar provar. Não há dúvida de que o empregador é a parte que tem melhores condições de produzir prova documental, em qualquer relação de emprego. Por outro lado, não se pode atribuir à parte hipossuficiente o onus probandi do cumprimento de requisito meramente formal para a fruição de direito cogente, de incidência genérica e imperativa a toda relação empregatícia, sendo razoável presumir que seu exercício é, em princípio, do interesse de todo e qualquer trabalhador. Desse modo, cabe ao empregador comprovar que o reclamante não tinha interesse no recebimento do vale-transporte ou que este não preenchia os requisitos legais para a sua percepção. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 24/5/2011, cancelou a citada orientação jurisprudencial, por passar a entender que o ônus da prova de que o reclamante não preencheu os requisitos para a obtenção do vale-transporte é do empregador. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (BRASIL, 2015)

No tocante à Súmula nº 461 (depósitos de FGTS), a despeito de que, em uma primeira e desatenta análise, possa parecer que caberia ao empregado o ônus da prova, porquanto alega o não recolhimento da

parcela vindicada (aplicação do art. 818 da CLT c/c art. 373, I, do CPC), um diagnóstico acurado demonstra que não. A um, porque a empresa, ao alegar o adequado recolhimento do FGTS, atrai para si a hipótese prevista no art. 373, II, do CPC (pagamento: fato extintivo do direito do autor); a dois, porque incide aqui também o princípio da melhor aptidão para a prova (precedente ERR nº 136300-53.2007.5.04.0012).

Observa-se, uma vez mais, o agir do Judiciário Trabalhista no sentido de procurar resolver de forma equânime as diferenças materiais das partes, não permitindo que essa disparidade de armas, verificáveis no plano extraprocessual, seja utilizada de modo a inquinar o processo por transferir à parte mais fraca um odioso prejuízo de ordem *probandi*.

Ademais, tratando-se da teoria dinâmica do ônus da prova na seara trabalhista, não podemos deixar de retratar os Enunciados nºs 2<sup>0</sup>, 41<sup>21</sup> e 60, todos da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida em 2007 pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA, Tribunal Superior do Trabalho e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat).

Na ocasião, firmou-se a tese de que, “quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita” (Enunciado nº 2, item

<sup>20</sup> “DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária. II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador. III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

<sup>21</sup> “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.”

III<sup>22</sup>). Intenciona-se, com isso, tutelar garantias capitais do ser humano, o que pode ser observado na prática, infelizmente não tão incomum, de dispensas discriminatórias motivadas por origem, cor, idade, sexo, etc., hoje respaldada também pela Súmula nº 443 do TST<sup>23</sup>.

Segundo o Enunciado nº 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, “cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”. Com efeito, o enunciado deve ser aplicado com parcimônia pelo juiz, porquanto devem ser conjugados os demais fatores e as deduções postas em juízo. Isso, contudo, não despreza, tampouco desqualifica, o sentido do enunciado, pelo qual visa a tutelar, de forma justificável, o trabalhador que, além de hipossuficiente, se encontra vitimado pelo acidente laboral.

Por fim, transcreve-se o Enunciado nº 60 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

60. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “inaudita altera parte”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, “caput”, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo

<sup>22</sup> “[...] LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

<sup>23</sup> “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 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.”

técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

Desse modo, a despeito da regra celetista (distribuição legal, conforme art. 818 da CLT), a jurisprudência trabalhista, a fim de efetivar os princípios protetivos do direito do trabalho e concretizar o acesso à justiça (*rectius*: acesso ao Judiciário) de forma justa e isonômica, há muito mitiga a distribuição estática em determinadas situações, atribuindo ao juiz o poder de delegar à parte com melhor capacidade o encargo probatório, sob os riscos processuais que lhe são inerentes.

### 3.2 Aplicação do Novo CPC ao Processo do Trabalho

Antes de adentrar ao tema ônus da prova no processo civil, cumpre perquirir se o regramento processual civil pode ser aplicado ao processo do trabalho, sobretudo porque esse ramo do direito possui regras e princípios próprios.

De início, a questão é respondida pela leitura do art. 769<sup>24</sup> da CLT. Segundo esses dispositivos, o direito processual comum será fonte subsidiária do processo do trabalho quando houver omissão e, ainda, desde que haja compatibilidade com o regramento justrabalhista<sup>25</sup>. Importante registrar que a omissão referida não se trata apenas da lacuna normativa (ausência de norma), mas também de lacunas ontológicas e axiológicas<sup>26</sup>. Segundo Schiavi (2013, p. 159-160), há lacuna ontológica

<sup>24</sup> “Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

<sup>25</sup> Deixaremos, propositalmente, de tratar do art. 15 do novo CPC, com base na lição de Manoel Antonio Teixeira Filho: esse dispositivo não tem efeito derogante do art. 769 da CLT, já que constitui norma específica (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 46).

<sup>26</sup> Cumpre registrar que a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho assentou esta possibilidade no seu Enunciado n. 66, conforme ementa: “APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social”.

“quando a norma não mais está compatível com os fatos sociais, ou seja, está desatualizada”; ao passo que há lacuna axiológica “quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória”.

Ademais, no cotejo CPC e do processo do trabalho, parece-nos equivocado ignorar o conjunto normativo do direito do trabalho (direito substantivo), apesar de ramos jurídicos distintos. Com efeito, não é outra a função do processo do trabalho senão o de instrumentalizar a efetivação do direito laboral. E tendo o direito do trabalho princípios e peculiaridades próprias, não podem as regras processuais desconsiderá-los, sob pena de prejudicar a entrega jurisdicional. Não por outro motivo o processo do trabalho foi arquitetado sob princípios que se harmonizam cirurgicamente às particularidades do direito material, *v. g.*, simplicidade, informalidade, *jus postulandi*, etc.

Assim sendo, eventual exercício hermenêutico acerca da aplicabilidade, ou não, das normas do processo civil ao processo do trabalho deve inevitavelmente pressupor que a tutela do direito material do trabalho não pode ser prejudicada pela dificuldade ou pela impossibilidade processual de produção probatória, sob pena de valorizar mais o meio (procedimento) que o fim (proteção dos direitos) (CAMBI, 2006 *apud* ALMEIDA, 2015, p. 452).

Feito o introito, passa-se à análise do ônus da prova conforme o CPC.

O CPC trata da distribuição (legal/estática) do ônus da prova de forma inegavelmente mais detalhista e técnica se cotejada à CLT, motivo pelo qual seu regramento é (ou era) aplicado ao processo do trabalho sem maiores controvérsias, notadamente em face da compatibilidade existente.

Segundo o art. 333 do CPC de 1973, o ônus da prova incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e ao “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. O novo CPC, ao estabelecer a distribuição legal do ônus probatório, não inovou neste particular e manteve a mesma redação.

Portanto, segundo o ordenamento processual civil, incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, vale dizer, o fato

gerador do direito afirmado em juízo. De outro lado, ao réu incumbe comprovar a existência dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Fato impeditivo é aquele que obsta os efeitos do fato constitutivo do autor. Fato modificativo é aquele que, reconhecendo o direito do autor, busca alterá-lo. Por fim, fato extintivo aquele que “retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 111-112).

Portanto, a regra prevista no CPC, a bem da verdade, aperfeiçoa o regramento celetista, uma vez que detalha e traça o delineamento do disposto no art. 818 da CLT. Mais do que compatíveis, a regra prevista no CPC soma à regra celetista, fazendo com que seja melhor aplicada e interpretada, em conformidade com o art. 769 da CLT.

Cabe, ainda, acrescentar:

Em resumo, o art. 769 da CLT é muito mais amplo do que o art. 15 do novo CPC. Ademais, o CPC somente será fonte supletiva o subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com as suas normas, por força do art. 769 da CLT.

Não pode ser esquecido que o processo do trabalho tem como diretriz fundamental a facilitação do acesso à justiça e à defesa em juízo dos direitos decorrentes da relação de emprego, o que favorece a incidência do art. 373 e seus parágrafos 1º e 2º do novo CPC ao Processo do Trabalho (ALMEIDA, 2015, p. 457).

Contudo, é de se observar que, ao contrário do novo CPC, o CPC de 1973 nada dispunha sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, tal como fez o CDC. Todavia, conforme já se observou, nem por isso a jurisprudência trabalhista deixou de aplicar, com tranquilidade, a possibilidade de o juiz, no caso concreto, redistribuir o ônus

### **3.3 Inovações Previstas no Novo CPC**

Inovando as regras de processo civil, o novo CPC adotou, de vez, a teoria dinâmica do ônus da prova, em que pese a adoção prática há muito já se verificar no âmbito das relações processuais de trabalho e de consumo, sempre que verificada a vulnerabilidade de alguma das partes.

As novas regras estão dispostas, agora, nos §§ 1º a 4º do art. 373 do CPC. É necessário registrar, contudo, que, apesar da demora do legislador processual civil, que só em 2015 regrou a distribuição

dinâmica, a inovação avançou mais do que o esperado.

O § 1º do art. 373 trata da clássica distribuição dinâmica, já adotada no processo do trabalho e nas relações de consumo, uma vez que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”.

Caso o juiz verifique obstáculos na aquisição da prova ou, ainda, quando verifique que a parte, inicialmente desonerada do ônus, possua maior facilidade na sua obtenção, poderá estabelecer a redistribuição do ônus, desde que por decisão fundamentada. Trata-se do princípio da aptidão para a prova, já comentado neste trabalho e já adotado pelo Judiciário Trabalhista há muito.

Percebe-se da redação do texto legal o conectivo “ou”, o que reforça quais são os pressupostos necessários para a redistribuição do ônus pelo juiz: impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção probatória ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. São pressupostos alternativos, não cumulativos.

Será que, considerada apenas a facilidade da produção da prova por uma das partes, é possível o juiz redistribuir o ônus para delegar esse encargo? Antes de tentarmos responder, destaca-se recente julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. ARTIGO 373 DO NCPC.

É bem verdade que teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no artigo 373, § 1º do Novo Código, orienta que o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Todavia, é evidente que nem toda disparidade de condições probatórias justifica a dinamização, que deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que haja grande dificuldade para a produção de prova de um lado e facilidade do outro. É dizer, a mera facilidade de produção da prova de uma das partes, desacompanhada da dificuldade de produção da parte adversária não é uma situação apta a justificar a modificação dos encargos probatórios. (RIO DE JANEIRO, 2016)

Segundo o julgado transcrito, a mera facilidade não seria motivo para a redistribuição do ônus da prova. Seria necessária,

segundo o acórdão, a conjunção dos dois pressupostos (impossibilidade/dificuldade de produção probatória e facilidade da parte adversa), apesar da literalidade diversa do CPC.

Obtemperamos, contudo, que a melhor interpretação seria aquela que exige tão somente um pressuposto, como quer a redação literal do CPC, sobretudo se analisado o marcante aspecto colaborativo do CPC, conforme arts. 6º, 77, I, 370 e 378, todos do CPC c/c arts. 765, 852-D e 852-I, § 1º, todos da CLT. Vale dizer, por exemplo, se a parte possui os documentos que poderão formar o arcabouço probatório para melhor solução do litígio, que traga aos autos.

Reconhecemos, todavia, que a posição por nós aventada exige cautela na aplicação, sob pena de se desprezar por completo a benquista previsibilidade, inerente à teoria estática, da qual decorrem os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

Dessarte, é perceptível que a aplicação da teoria dinâmica, prevista no art. 373, §§ 1º e 2º, encontrará, ainda, percalços e obstáculos.

De qualquer modo, o que era apenas uma corrente tranquila da jurisprudência trabalhista (possibilidade de adoção da teoria dinâmica do ônus da prova), agora encontra previsão na lei, por aplicação subsidiária (art. 769 da CLT).

De outro norte, o CPC ainda traz regra importante a ser observada pelos julgadores: a redistribuição deve ocorrer antes do julgamento, sobretudo para oportunizar que a parte, agora ciente de um suposto novo encargo, possa dele se desvencilhar. De fato, o sujeito possui um prévio conhecimento das suas responsabilidades, o que o faz com base nas regras de distribuição legal (arts. 818 da CLT e 373, *caput*, do CPC). Caso o juiz, fundamentadamente, decida “inverter” os encargos, deve oportunizar à parte a produção probatória, em respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A regra mencionada antes é coerente com as funções do ônus da prova, já discutidas neste trabalho. Além da função objetiva (regra de julgamento, portanto dirigida ao juiz), reveste-se, também, de função subjetiva, sobretudo porque pauta a conduta da parte no processo (regra de procedimento). Daí a importância do prévio conhecimento acerca da

redistribuição do ônus e a possibilidade de se desincumbir do encargo que agora lhe é imposto.

A necessidade de oportunizar à parte poder se desincumbir do seu ônus probatório vem ao encontro do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais tão caros em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LV, CF), hoje importados pelo novo CPC nos arts. 7º<sup>27</sup>, 9º, *caput*<sup>28</sup>, e 10º<sup>29</sup>. Assinala-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa não se resumem, tampouco se reduzem, ao prévio conhecimento do conteúdo decisório pela parte, mas, também, e tão importante quanto, à possibilidade de influir eficazmente o resultado do processo, daí por que a decisão que redistribui o ônus da prova, além de ser publicada à parte onerada, deve-lhe possibilitar, como aduz o próprio texto legal, que haja a possibilidade de produção probatória plena.

Registre-se, contudo, que a redistribuição não pode gerar o mesmo ônus de dificuldade à outra parte, sob pena de apenas se inverter a impossibilidade da prova, conforme dispõe o § 2º do art. 373 do CPC<sup>30</sup>, remetendo à parte a *probatio diabolica*.

Quanto às regras anteriores, em princípio nada de muito inovador, exceção feita à expressa previsão dos requisitos, agora em lei, acerca da aplicabilidade da redistribuição do ônus pelo juiz: impossibilidade ou dificuldade na produção da prova ou maior facilidade da parte adversa na produção da prova.

As alterações inovadoras do novo CPC encontram-se nos §§ 3º e 4º do art. 373 do novo CPC. Pelo seu ineditismo, cabe a transcrição literal:

---

<sup>27</sup> “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

<sup>28</sup> “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

<sup>29</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

<sup>30</sup> “Art. 373. [...] § 2º. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Art. 373. [...] § 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º. A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Permite o novo CPC, com isso, que as próprias partes, em nítido – e incentivado – negócio processual, estabeleçam de modo diverso a distribuição legal (art. 373, *caput*, do CPC), conforme suas conveniências e interesses, o que gerará consequências diretas no resultado final do processo, por óbvio. É verdade que o próprio ordenamento processual prevê exceções, a saber: direitos indisponíveis e quando houver dificuldade excessiva para o exercício do direito.

O novo CPC vai além. Em evidente esforço ao estímulo do protagonismo das partes, estabeleceu-se que essa distribuição convencional (operada pelas partes) poderá ocorrer antes mesmo de existir processo judicial, ou seja, poderá ocorrer, por exemplo, por meio de um contrato.

Sobre essa “nova” possibilidade, vale a crítica de Robson Renault Godinho (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 122):

A doutrina não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua: “Realmente, é sintomático que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de uma ‘teoria dinâmica’ da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prossiga um silêncio – que em certo modo é eloquente - sobre a autonomia das partes para

regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos”.

Portanto, percebe-se que o CPC, além de incorporar a teoria dinâmica do ônus da prova, incrementou-a, delegando também às partes essa possibilidade, desde que observadas as excepcionalidades já mencionadas.

Trata-se de negócio jurídico similar à cláusula de eleição convencional de foro, que deve ser pactuado em harmonia com as disposições gerais aplicáveis aos negócios em geral, quais sejam: agentes capazes e legítimos, objeto lícito e forma admitida ou não defesa em lei (MACEDO, 2013, p. 83).

Diante do que foi exposto e introduzido no novo CPC, cumpre perquirir quais são as regras aplicáveis ao processo do trabalho.

### **3.4 Nova Sistemática do Novo CPC e o Processo do Trabalho**

Pelo que foi exposto e diante da tranquila corrente jurisprudencial sobre o assunto, percebe-se que a redistribuição do ônus da prova pelo juiz continuará sendo possível, fortificada agora com a previsão legal (art. 373, *caput*, do CPC, aplicado subsidiariamente). Objetiva-se, acima de tudo, efetivar o pleno e o justo acesso à justiça, sobretudo porque não se ignora a disparidade de posição econômica e social dos sujeitos envolvidos na grande parte das lides trabalhistas (empregado e empregador), tudo autorizado, também, pela liberdade de condução do processo pelo juiz, que sopesará a necessidade, ou não, na adoção da redistribuição dos encargos (arts. 765 e 852-D, ambos da CLT).

A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado nº 302, segundo o qual

Aplica-se o art. 373, §§ 1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada,

preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)

Também a 1ª Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, ocorrida no TRT da 18ª Região, discutiu a aplicabilidade do art. 373, § 1º, do CPC ao processo do trabalho, sob a seguinte proposta formalizada:

PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O artigo 373, § 1º, do Novo CPC, aplica-se ao processo trabalhista, de forma supletiva, por ser compatível com os princípios norteadores do processo laboral.

Todavia, a proposta, em que pese aprovada em comissão, foi rejeitada na deliberação plenária, motivo pelo qual não chegou a se transformar em enunciado.

De outro lado, no que concerne à redistribuição convencional, atenção redobrada é merecida.

A redistribuição citada (promovida pelas partes) deve ser vista com ressalvas no processo do trabalho, porquanto pode, em princípio, não existir a compatibilidade exigida pelo art. 769 da CLT.

Em que pese já registrado ao longo dessa articulação, é preciso sempre relembrar a inexistência, em regra, da simetria entre os sujeitos na relação de trabalho, sobretudo na relação de emprego. É comum que os polos processuais sejam frequentados pelo empregado, de um lado, e empregador, de outro, não sendo incomum que este, durante o contrato de trabalho, possua maior poder de barganha e de convencimento se cotejado com aquele.

Diante da falta de paridade isonômica, não seria crível, com a devida vênia, que se possibilitasse aos contratantes (empregado e empregador), durante a relação de emprego, convencionar sobre o ônus da prova em ação trabalhista a ser eventualmente proposta. Por decorrência lógica, a liberdade e a autonomia contratuais, princípios caros do direito civil, traria repercussões negativas à tutela da parte vulnerável (empregado). Não seria demais pressupor “variadas formas de delegar ao empregado diversos ônus probatórios”.

Cogita-se, a título de ilustração, a possibilidade de se

convencionar que, caso o empregado seja dispensado motivadamente (“por justa causa”) e quisesse discutir o rompimento do contrato em juízo, haveria de comprovar o não cometimento da falta grave.

A conclusão pela impossibilidade de aplicar os §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC ao processo do trabalho parece inarredável, e o motivo é bastante simples: a liberdade contratual levada a cabo entre partes materialmente desiguais leva a resultados potencialmente injustos. Tomam relevo os princípios de direito material do trabalho, a fim de vedar essas “contratações sobre ônus da prova”, notadamente o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Guardada a duvidosa inconstitucionalidade de que se reveste (violação dos princípios da separação dos poderes e da inércia da jurisdição, competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual - CF, art. 22, inc. I -, e usurpação da competência do juiz natural), o TST mencionou quais os dispositivos do CPC seriam aplicáveis ao processo do trabalho, expungindo qualquer dúvida sobre a redistribuição convencional do ônus da prova, conforme art. 2º, VII, da Instrução Normativa nº 39<sup>31</sup>, *in verbis*:

Art. 2º. Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: [...]

VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes)

No momento da redação dessa articulação, a Instrução Normativa nº 39 do TST encontra-se em discussão no STF, tendo em vista a provocação da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra, por meio da ADI nº 5516. Contudo, esse fato não desnatura o “sentir inicial” da Corte maior do Judiciário Trabalhista sobre o assunto, o qual parece ser o mais adequado neste efêmero período de vigência do novo CPC.

Nesse passo, se o argumento jurídico utilizado para o afastamento

<sup>31</sup> Resolução nº 203, de 15.03.16, que “Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva”.

da redistribuição convencional seria a proteção dirigida ao trabalhador, já que, vulnerável, não se pode deixar de levantar questão oportuna: a aparente vedação da aplicação do art. 373, §§ 3º e 4º (redistribuição convencional do ônus da prova), alcança o direito coletivo do trabalho (dissídios coletivos)?

À primeira vista se poderia concluir que, ainda que o direito coletivo do trabalho não suponha, via de regra, vulnerabilidade de uma das partes, o bem tutelado continua sendo de ordem pública, portanto indisponível e irrenunciável. Não por outro motivo se mitiga a autonomia contratual privada, senão o de estabelecer, na feliz expressão de Godinho (2016, p. 122), um patamar civilizatório mínimo, aquém do qual não têm as partes livre disposição, ainda que por negociação coletiva (v. g., as regras de segurança e medicina do trabalho, conforme Súmula nº 437 do TST<sup>32</sup>).

Todavia, a discussão sobre os limites da negociação no direito coletivo do trabalho foi objeto de análise pelo STF, em 30 de abril de 2015, nos autos do Recurso Extraordinário nº 590.415, quando se analisou a possibilidade ou não de quitação geral do contrato de trabalho por meio de plano de demissão incentivada, elaborado por acordo coletivo de trabalho. No caso, o STF deliberou pela higidez do negociado, sob os

---

<sup>32</sup>INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT."

seguintes argumentos, que aqui cabem registrar:

É relevante, ainda, para a análise do presente caso, o princípio da lealdade na negociação coletiva. Segundo esse princípio os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada. (BRASÍLIA, 2015)

A *ratio decidendi* da Suprema Corte para cancelar o negociado foi não verificar a hipossuficiência apta a afastar a referida cláusula. Pelo contrário, segundo o STF, os empregados, quando assistidos pelo sindicato, assumem poder de barganha perante o poder econômico do empregador, motivo pelo qual não se verifica a mesma assimetria das relações individuais de trabalho apta a atrair os princípios do direito individual do trabalho.

352

Por conta disso, é possível inclinar-se no sentido de que o STF, ao julgar o RE nº 590.415, permite a possibilidade de se incluir, em norma coletiva, cláusula de nítido “negócio processual”, pelo qual se redistribuiria o ônus da prova pela conveniência dos sujeitos, na forma autorizada pelo art. 373, §§ 3º e 4º, do CPC.

Contudo, em princípio, nos inclinamos em sentido intermediário.

Apesar de reconhecer a simetria de posição entre os sujeitos no direito coletivo do trabalho, seria desarrazoado ignorar o bem jurídico afinal transacionado pela inversão do ônus da prova. Eventual cláusula de redistribuição convencional quando a matéria a ser futuramente – e eventualmente – discutida em juízo envolver regras de medicina e segurança do trabalho, parece-nos infensa ao ordenamento trabalhista, porquanto indisponível ao talante das partes.

Com efeito, temos consciência de que esse e outros assuntos ainda serão objeto de ampla discussão nos âmbitos judicial e acadêmico, sem perder de vista o desiderato do direito instrumental do trabalho:

fazer valer o direito material do trabalho, cujo princípio tuitivo é o que mais lhe dá destaque.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto apresentado neste sucinto trabalho, percebe-se que a distribuição legal (teoria estática) do ônus da prova permanece idêntica com a chegada do novo CPC, aplicando-se as disposições do art. 818 da CLT com os aperfeiçoamentos previstos no art. 373, *caput*, do novo código. No particular, prevê o legislador, de forma irreparável, um ônus a cada parte, de forma abstrata e genérica.

Outrossim, merece aplausos a incorporação, pela legislação processual civil, da distribuição dinâmica do ônus da prova (teoria das cargas dinâmicas), prática já adotada de forma tranquila pelo Judiciário Trabalhista. No particular, cabe ao juiz, na sua função de presidente do processo (art. 765 da CLT), remeter à parte o ônus da prova, a depender da sua facilidade ou dificuldade de demonstração no caso concreto.

Objetiva-se, com a distribuição dinâmica pelo juiz (arts. 765 e 852-D da CLT), o efetivo acesso à justiça de forma substancial, equiparando as partes à posição isonômica, fazendo valer o princípio de paridade das armas, daí por que compatível a regra do CPC ao processo do trabalho, *ex vi* do disposto no art. 769 da CLT.

De outro norte, porém, a redistribuição do ônus da prova convencional merece maior atenção, ao menos no processo do trabalho, tendo em vista a desigualdade substancial dos sujeitos presentes na ação trabalhista. Permitir, em princípio, a livre disposição do ônus da prova seria permitir, em tese, eventual abuso da parte mais forte sobre a parte vulnerável, em afronta aos princípios protetivos do direito do trabalho, conforme art. 7º do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT).

Portanto, a redistribuição pelas próprias partes merece acurada atenção e maior reflexão, uma vez que, ao menos em princípio, se enxerga incompatibilidade com o processo do trabalho e sua estrutura principiológica. Exceção se faz à aplicabilidade da convenção do ônus da prova quando se está diante do direito coletivo do trabalho, porquanto,

em tese, desaparecida a disparidade entre os sujeitos, salvo nos casos de normas de caráter indisponível (por exemplo, normas de medicina e segurança do trabalho).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Élisson (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2015. cap. 27, p. 443-465.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Mandado de Segurança nº 0000469-03.2011.5.05.0000**. Relator: Suzana Maria Inácio Gomes. Salvador (BA), 28 de março de 2021. Disponível em: <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumentocon?id=10112030700698932147&municipio=1>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 250000-70.2006.5.09.002212**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília (DF), 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0250000&digitoTst=70&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0022&submit=Consultar>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Revisitando o ônus da prova. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 123, p. 70-86, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010373-13.2014.5.01.0078**. Relatora: Claudia Regina Vianna Marques Barrozo. Rio de Janeiro (RJ), 23 de junho de 2016. Disponível em: <[http://consultapje.trt1.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p\\_tipo=2&p\\_grau=1&p\\_id=fT1Kc6hcDevfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p\\_idpje=1cybCgHwZJQ%3D&p\\_num=1cybCgHwZJQ%3D&p\\_npag=x](http://consultapje.trt1.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=fT1Kc6hcDevfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=1cybCgHwZJQ%3D&p_num=1cybCgHwZJQ%3D&p_npag=x)>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**: sob a perspectiva do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.



# FUNDAMENTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: ALGUMAS REFLEXÕES



*José Felipe Ledur<sup>1</sup>*

**Resumo:** O artigo tem como propósito oferecer reflexões jurídicas acerca dos direitos da personalidade dos trabalhadores. A dignidade da pessoa humana, que se encontra na base da personalidade do sujeito, é examinada a partir de elementos histórico-jurídicos e de conteúdo, isso desde o surgimento do Estado Liberal até a consolidação do Estado Social de Direito. Neste último, o Estado deve assumir tarefas no sentido da promoção da dignidade, o que concerne inclusive aos direitos fundamentais sociais e ao direito ao trabalho justamente remunerado. O texto aborda diversas projeções dos direitos da personalidade em geral e suas fontes normativas; termina por focar a relação de emprego e os correspondentes direitos da personalidade do trabalhador, o qual, antes de tudo, é uma pessoa, um sujeito, que participa dessa relação. Finalmente, o artigo enfoca algumas situações em que se verifica, de forma recorrente, a lesão a direitos da personalidade dos trabalhadores.

**Palavras-chave:** Direitos da personalidade dos trabalhadores. Elementos e conteúdo da dignidade da pessoa. Direitos da personalidade na relação de emprego: âmbito de proteção.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos dos trabalhadores inscritos na Constituição Federal são parte de sistema normativo que possui sua base em valores, princípios e objetivos expressos, entre outros, nos arts. 1º, 3º, 6º e 170. Os direitos fundamentais dos trabalhadores, de caráter individual ou coletivo, arrolados do art. 7º ao art. 11 da Constituição, justamente são concreções ou desdobramentos desse manancial normativo; eles formam parte do sistema geral de direitos fundamentais reconhecidos no Título

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado (UFPR), Mestre em Direito Público (UFRGS), Desembargador do Trabalho - TRT 4ª Região, jledur@trt4.jus.br.

## II da Constituição Federal.

Em realidade, a opção do poder constituinte originário em lançar a base da República Federativa do Brasil em normas fundamentais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de atribuir caráter jusfundamental a série de direitos do trabalho, importou a transição do centro do sistema de proteção do trabalho da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para a Constituição. E, do ponto de vista de sua dimensão jurídico-objetiva, os direitos fundamentais possuem função de proteção que se manifesta quando servem como referência interpretativa das regras infraconstitucionais, asseguram proteção em hipóteses em que os conflitos de direito privado revelam grande desequilíbrio entre as partes e irradiam eficácia que alcança os direitos e deveres do trabalhador e do empregador/tomador do trabalho na relação de emprego ou de trabalho (eficácia horizontal). Por tudo isso, a interpretação e aplicação desses direitos e deveres há de tomar como referência hermenêutica o conjunto de normas (valores, princípios, objetivos e direitos fundamentais) elencado na Constituição.

358

Postas essas premissas, no desenvolvimento da primeira parte do presente texto, farei algumas considerações históricas acerca da dignidade da pessoa humana e de seu valor fundante para o sistema jurídico geral. A dignidade humana constitui o núcleo dos direitos fundamentais em geral e dos direitos fundamentais dos trabalhadores em particular. Em vista disso, a análise de elementos que contribuem à identificação do seu conteúdo, bem como de sua vinculação a outras normas reputadas fundamentais pelo constituinte, mostra-se relevante. Assim, a atribuição constitucional de valor social ao trabalho, além de sua consideração como direito fundamental social, importa a existência de conexões entre essas normas e os direitos previstos nos arts. 7º e seguintes que lhes conferem concreção. Daí a necessidade de breves considerações a respeito do sentido desses direitos fundamentais.

Na segunda parte, destacarei aspectos relacionados à noção de direitos da personalidade como projeção da dignidade da pessoa, com a identificação de normas constitucionais e infraconstitucionais que lhes dão conformação ou configuração. Além disso, farei breves considerações

acerca do âmbito de proteção dos direitos psíquicos e morais<sup>2</sup> relevantes na relação de emprego ou de trabalho, bem como quanto a violações a direitos da personalidade mais frequentes nessa relação.

## 2 ELEMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E POSSÍVEIS LESÕES À DIGNIDADE DO TRABALHADOR

### 2.1 Apontamentos históricos e jurídicos

Elementos filosóficos e bíblicos da antiguidade apontam para vinculações históricas da dignidade ao “núcleo da personalidade”, tomada a dignidade pessoal sob a perspectiva estritamente individual. Nesse sentido, Aristóteles, ao tratar das dimensões que a experiência humana pode assumir (o ser, o ter e o que representamos aos olhos dos outros), associa a primeira dessas dimensões – o que a pessoa é – a sua personalidade em geral. E o que representamos em face do outro naturalmente tem a ver com a honra e a imagem da pessoa<sup>3</sup>. No que diz respeito à narrativa bíblica, a espécie humana assume preeminência em face dos demais seres vivos porque criada à imagem e semelhança de seu criador – a Deus, segundo o Livro do Gênesis.

Sob a extensa duração do domínio romano no mundo ocidental, a dignidade mantinha relação com o exercício do poder. Com efeito, a *dignitas* era reconhecida a quem exercesse com probidade um alto cargo público, daí procedendo, por certo, a palavra “dignitário”, ainda que hoje em dia poucos façam jus a essa denominação...

Examinando-se desdobramentos mais recentes da organização política da sociedade no mundo ocidental, mas limitada a análise a aspectos jurídicos, observa-se que as concepções do Estado de Direito

---

<sup>2</sup> Adoto neste texto a classificação proposta por Carlos Alberto Bittar (**Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115-6), o qual enumera os direitos da personalidade segundo os bens nele integrados: os direitos físicos, psíquicos e morais.

<sup>3</sup> Desenvolvimentos a partir dessa divisão fundamental dos bens da vida em bens exteriores, da alma e do corpo feita por Aristóteles em “A Ética a Nicômaco” podem ser encontrados em **Aforismos para a sabedoria da vida**, de Arthur Schopenhauer. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015, p. 19 e ss.

Liberal no mundo moderno puseram ênfase nos direitos fundamentais de caráter individual. Do Estado exigia-se abstenção em face da esfera existencial do indivíduo, com o propósito de se resguardar o livre uso da liberdade. Os direitos fundamentais são concebidos como direitos de defesa em face de intervenções estatais na esfera de disposição individual, da dignidade pessoal. Entretanto, a realidade demonstrou que essa abstenção fazia sentido para aqueles que possuíam bens a defender – a propriedade, a liberdade, os direitos derivados de uma boa formação, etc.; não para os segmentos sociais desprovidos desses bens. Portanto, do resguardo de posições individuais consolidadas ou da proteção em face de possíveis interferências estatais, a afirmação da dignidade da pessoa passou a requerer ações estatais, essas dirigidas à promoção da dignidade de indivíduos e grupos sociais fragilizados.

Somente no século XX, com a consolidação do Estado Social de Direito, a consciência jurídica, sobretudo após toda sorte de ofensas infligidas ao ser humano durante as grandes guerras, exigiu atuação estatal dirigida à promoção da dignidade das pessoas desprovidas dos referidos bens mediante o fornecimento de prestações materiais – os direitos sociais.

360

Os direitos dos trabalhadores, na condição de direitos que conferem conteúdo ao direito ao trabalho, podem ser qualificados como prestações materiais, mas neste caso não é o Estado o responsável pelo seu fornecimento, a não ser na posição de empregador. De fato, é o empregador que deve fornecer a prestação material – o salário em sentido lato – em retribuição à prestação do trabalho. A proteção estatal, seja por meio de normas asseguradoras dos direitos correspondentes à prestação de trabalho, seja por meio de estrutura judiciária apta a solucionar os conflitos laborais, em realidade, tem a finalidade de conferir dignidade a quem vive dessa prestação.

Na virada do século XXI, a dignidade passa a ser relacionada, também, à promoção da integração social de pessoas discriminadas ou em especial situação de vulnerabilidade social. Diferentes Estados têm procurado alcançar essa integração mediante o assegurar da igualdade de oportunidades (elemento do Estado Social) por meio das denominadas “discriminações positivas”, traduzidas, por exemplo, na fixação de

cotas sociais asseguradoras do acesso ao ensino superior. Manifestações concretas de proteção especial podem ser identificadas no Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei nº 13.146/15) que entrou em vigor em janeiro de 2016, o qual visa à promoção da igualdade e dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, entre os quais o direito ao trabalho.

Do ponto de vista normativo, a dignidade da pessoa humana, como núcleo inviolável da pessoa, passou a ser prevista em inúmeras normas internacionais, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Em nível interno, a partir da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui princípio ou valor supremo da República (art. 1º) e, nessa medida, confere unidade aos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos. Daí por que é possível afirmar que os direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos na Constituição brasileira constituem sistema especial de direitos fundamentais que integra o sistema de direitos fundamentais gerais, cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana e seus correlatos direitos da personalidade.

Por relevante, o art. 170 da Constituição, ao dispor que a “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna (...)”, evidencia que a atividade econômica deve, necessariamente, concorrer para a dignificação não só da pessoa que presta o trabalho, mas da própria comunidade.

## **2.2 Conteúdo da dignidade humana e sua exteriorização em direitos fundamentais do trabalhador**

A conceituação de dignidade humana é empresa difícil, senão impossível, uma vez que só permite aproximações parciais. São as situações concretas que permitem verificar se a dignidade sofreu ou não lesão. Para essa finalidade, é útil a consideração de elementos que lhe são característicos e que permitem a explicitação pelo menos parcial de seu conteúdo, quais sejam: sua intangibilidade, inviolabilidade e inalienabilidade. Intangível é o que não se pode tocar, ou o que é infenso à manipulação; a inviolabilidade revela-se naquilo que é íntegro, não

sujeito à ruptura ou deformação; e a inalienabilidade tem a ver com aquilo a que não é atribuível um preço. O filósofo Immanuel Kant justamente menciona que possui dignidade aquilo que está acima de todo preço.

A dignidade humana é dirigida a preservar a integridade física e psicomoral da pessoa, podendo-se destacar, dentre possíveis posições jurídico-fundamentais, o direito à vida e ao nome, bem assim a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa. Essas espécies de direitos fundamentais adquirem relevância na seara trabalhista quando, por exemplo, o intérprete ou julgador se vê confrontado com a análise de danos extrapatrimoniais que podem ocorrer na fase pré-contratual, na execução, na conclusão e mesmo na fase pós-contratual de um contrato de trabalho.

Conforme já referi, os direitos fundamentais do trabalho insertos no art. 7º da Constituição estão sistematicamente relacionados ao núcleo central do sistema de direitos fundamentais, que é a dignidade da pessoa humana. Por isso, no conteúdo do primeiro dos direitos assegurados no art. 7º da Constituição – a relação de emprego –, estão implicitamente assegurados direitos da personalidade do trabalhador, os quais possuem precedência quando confrontados com o *poder diretivo* do empregador. Embora possa ser reportado à livre iniciativa empresarial e constituir prerrogativa legítima de quem assume os riscos do negócio, o poder diretivo não possui proteção jusfundamental. Ao ser exercido pelo empregador, o poder diretivo deve observância aos direitos da personalidade dos empregados. Não é sem razão que se assegura a reparação de lesões a direitos da personalidade oriundas de ilícitos havidos no exercício desse poder, como em casos de acidentes ou doenças do trabalho, de assédio moral ou sexual, de métodos de trabalho centrados no estabelecimento de metas que lesionam a honra e a imagem de quem trabalha, ou ainda de danos à integridade psicomoral relativos à sua existência. Finalmente, dentre os demais direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, muitos se voltam à proteção da saúde do trabalhador, a demonstrar que o cuidado devido a esse bem da vida constitui determinação basilar dirigida aos agentes públicos e privados. Outros direitos há na regra em apreço que se vinculam mais de perto a prestações destinadas a assegurar a subsistência material de quem trabalha, mas nem por isso deixam de manter relação com a dignidade

pessoal de quem vive do trabalho honesto.

Não se justifica, pois, que, a partir da Constituição de 1988, o trabalhador seja tido, em reiteradas situações, como um fator de produção, e não como um sujeito com direitos e deveres na relação de emprego ou de trabalho. Completamente superada está a fórmula da Constituição Federal de 1967, cujo art. 157, IV, do título da Ordem Econômica previa o princípio da “harmonia e solidariedade entre os fatores de produção”! Mas a tradição tem sua força, tanto é que são recorrentes práticas no mundo do trabalho que desconsideram a evolução jurídica que reconhece no prestador do trabalho um indivíduo, um cidadão.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores são concreções de princípios, valores e objetivos que se encontram nos arts. 1º e 3º da Constituição, especialmente do princípio reitor do ordenamento jurídico – a dignidade humana – e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (essa liberdade envolve tanto a liberdade de trabalhar quanto a de constituir empresa), assim como do objetivo constitucional traduzido na redução das desigualdades sociais mediante a garantia da igualdade de oportunidades. Essas normas servem à garantia do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa que vive do trabalho.

### **3 DIREITOS DA PERSONALIDADE RELEVANTES NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA**

#### **3.1 Pressupostos gerais**

O livre desenvolvimento da personalidade é direito que se fundamenta na garantia da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, e que, portanto, obtém desdobramento em todos eles. De sua vez, a igualdade dos indivíduos em face da lei, mas também o direito à igualdade de oportunidades voltado à promoção da sua personalidade, decorre da evolução das relações econômicas, sociais e jurídicas. Por seu turno, os impactos da sofisticada e ambivalente aparelhagem tecnológica sempre mais presente na vida pessoal e profissional trazem e trarão consequências no terreno dos direitos da personalidade, inclusive no mundo laboral.

Os direitos da personalidade são relevantes em todos os domínios da vida, mas em geral são associados a diferentes modos de desenvolvimento do sujeito, consoante lecionam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink: ao direito à autodeterminação (por exemplo, por meio do assegurar a própria identidade, do conhecimento da própria ascendência, do direito ao recomeço, do direito à integração social de quem foi condenado por um delito); ao direito à autopreservação (por exemplo, proteger-se e manter-se ao resguardo da curiosidade de outros); ao direito à autoapresentação (por exemplo, proteger-se contra exposição pública falseadora, de desprestígio; exercer o direito à configuração individual mediante o uso, por exemplo, de determinado vestuário ou de adornos; proteger o direito ao nome, à imagem; não ser compelido, na vida profissional, à revelação de circunstâncias da vida pessoal)<sup>4</sup>.

Assim como os demais direitos fundamentais, também os direitos da personalidade não são absolutos. Eles contêm elemento relacional. Vale dizer, são relativos porque seu exercício se dá em face de outros titulares. Isso é de fácil apreensão justamente porque esse exercício pode levar a colisões tanto com outros direitos fundamentais quanto com bens relevantes da comunidade. Para garantir o exercício comum desses direitos pode ser necessária a intervenção legislativa ou judicial com vista à imposição de restrições ou limitações ao exercício de um ou outro desses direitos.

### 3.2 Fonte normativa dos direitos da personalidade

A partir de 1988, a Constituição Federal passou a ser a principal fonte normativa dos direitos da personalidade, uma vez que não só ampliou o seu rol, como também lhe atribuiu o estatuto de direito fundamental. Não constitui excesso desnecessário a lembrança do teor de regras jusfundamentais que reconhecem direitos da personalidade, como também o direito à indenização em caso de sua violação.

O art. 5º, V, da Constituição prevê “indenização por dano

---

<sup>4</sup> PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte – Staatsrecht II**, 26. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2014, p. 91-3. A obra encontra-se traduzida para o português (**Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, São Paulo: Saraiva, 2012).

material, moral ou à imagem”. De sua parte, o inciso X do art. 5º da Constituição estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Em complementação, diz o inciso XII desse Diploma Constitucional que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial [...]”. E no que diz respeito ao exercício do trabalho como direito fundamental de matiz negativo, o art. 5º, XIII, da Constituição, ao dispor que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...]”, contém uma projeção do livre desenvolvimento da personalidade.

Já no direito infraconstitucional, conformação ou configuração às regras jusfundamentais do art. 5º, V e X, da Constituição se encontra no Capítulo II do Título I do Código Civil. O inciso XII do art. 5º obteve conformação na Lei nº 9.296/96.

A conformação ou configuração de um direito fundamental tem em vista a facilitação do seu exercício. Assim, do art. 15 ao art. 19 do Código Civil há regras voltadas à proteção do prenome e do sobrenome da pessoa. Já o art. 20 do Código Civil reporta a atos lesivos à imagem que afetem a honra, boa fama ou respeitabilidade da pessoa como direitos da personalidade, cuja violação pode acarretar dever de indenizar. O art. 21 do mesmo Código reforça a proteção que o Texto Constitucional dispensa à vida privada: “A vida privada da pessoa natural é inviolável [...]”. A Lei nº 9.296/96 dispõe essencialmente que as comunicações em sistemas telefônicos, de informática e telemática só podem ser interceptadas com base em ordem judicial.

O Código Civil também prevê regras voltadas à reparação de danos de cunho extrapatrimonial. O art. 186 do Código Civil assim estabelece: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

De sua vez, a CLT contém regras dirigidas à proteção de alguns dos direitos fundamentais da Constituição. Por exemplo, o art. 373-A da CLT, além de vedar série de discriminações à mulher, configura o direito à intimidade ao vedar as revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Os arts. 482 e 483, embora não contenham regras configuradoras do direito fundamental à honra e à imagem, consideram a prática de atos lesivos à honra e boa fama como motivos para o rompimento, por justa causa, da relação de emprego. Já no § 4º do art. 29 da CLT vedam-se anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua CTPS.

Consoante lembra Rúbia Zanotelli de Alvarenga, a CLT não trata de forma sistematizada os direitos da personalidade nas relações de trabalho (ZANOTELLI DE ALVARENGA, 2013, p. 89). De fato, observa-se que, não obstante as alterações havidas no mundo do trabalho, com a introdução de sofisticados sistemas tecnológicos que permitem o controle de dados do trabalhador, sua submissão a sistemas de vigilância eletrônica ou a métodos de trabalho que causam danos a sua integridade psicomoral, etc., a legislação trabalhista brasileira não cuidou de regular os direitos da personalidade do trabalhador. Por isso, na resolução de litígios trabalhistas envolvendo esses direitos se acaba por tomar, quase exclusivamente, a Constituição e o Código Civil como referência normativa. Para efeito de comparação – e reflexão –, vale reportar o fato de Portugal haver sistematizado no Código do Trabalho de 2003 as regras alusivas aos direitos da personalidade dos trabalhadores<sup>5</sup>.

366

### 3.3 Âmbito de proteção dos direitos da personalidade

O âmbito de proteção de um direito fundamental é “a esfera vital protegida jurídico-fundamentalmente” ou o âmbito normativo daquele direito e, nessa medida, considerado como o objeto de proteção recortado da realidade vital pela norma jusfundamental<sup>6</sup>. Portanto, o âmbito de proteção de um direito fundamental qualifica-se como o conteúdo que em princípio deve permanecer infenso à intervenção estatal ou de terceiros, a menos que haja justificação jurídico-constitucional para isso.

<sup>5</sup> Acerca da ampliada regulação desses direitos no Código de Trabalho português, ver DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Proteção do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015, p. 228 e ss.

<sup>6</sup> O âmbito de proteção é assim qualificado por Bodo Pieroth e por Konrad Hesse, conforme ressaltado em meu **Direitos Fundamentais Sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50.

Os direitos da personalidade projetam-se em diferentes esferas existenciais. A intimidade e a vida privada envolvem aspectos essencialmente subjetivos, da interioridade do sujeito. A honra e a imagem envolvem aspectos objetivos, exteriores, embora a honra também possa abarcar dimensão subjetiva. Com efeito, fala-se em honra objetiva (a honra em face de terceiros) e em honra subjetiva (a que pode ser violada em hipótese como a injúria racial).

A intimidade é a esfera mais restrita dos direitos da personalidade; envolve situações que respeitam ao mais recôndito do ser, ao conteúdo essencial do âmbito de conformação ou configuração da personalidade, e por isso, intangível. Questões íntimas são passíveis de revelação a pessoas de estrita confiança, dependentes, pois, da vontade do titular do direito. Entretanto, devem permanecer pura e simplesmente inacessíveis ao poder público. A mesma regra deve prevalecer na relação de emprego. Há certa indeterminação quanto ao que é a esfera íntima, mas isso é próprio do conceito de conteúdo essencial de um direito fundamental.

Por sua vez, a vida privada envolve projeções da personalidade do indivíduo que estão mais fortemente vinculadas com a comunidade em geral. Segundo Gilmar Mendes, “o direito à privacidade tem por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja se espalhem ao conhecimento comum” (MENDES, 2008, p. 377). Diz respeito, por exemplo, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência, à preservação de informações pessoais do indivíduo (sigilo de dados) acerca dos quais não há prevalente interesse da comunidade que justifique sua divulgação. O respeito à privacidade envolve o direito de o indivíduo permanecer infenso à curiosidade alheia. No núcleo do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo (MENDES, 2008, p. 379).

De outro lado, a privacidade também mantém conexão com a preservação do indivíduo em face do grupo social. Assim como a intimidade, a privacidade possui alguma indeterminação ou relatividade. Diversamente da intimidade, a privacidade está sujeita à intervenção ou ingerência do poder público mediante a observação estrita do postulado da proporcionalidade.

E a intervenção do empregador na esfera privada do trabalhador, será ela possível? A resposta, em princípio, é negativa, a não ser em hipóteses em que o empregado, no uso de equipamentos de trabalho de propriedade do empregador, como ocorre com o *e-mail* corporativo, veicule dados relativos a sua vida pessoal que acabam sujeitos à verificação do empregador. Naturalmente, aqui, como na hipótese da intervenção estatal, o postulado da proporcionalidade também deve reger o procedimento interventivo, ou seja, mediante a observância da adequação e necessidade de medidas que previnam o empregador em face de atos de seus empregados. Assim, por exemplo, a intervenção com o propósito de resguardar o bom nome da empresa pode ser justificada quando o empregado utilizar instrumental do empregador para acessar *sites* que veiculam material pornográfico; ou para conter a veiculação de comunicações que maculam direitos da personalidade de colegas de trabalho.

Uma nota comum aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada é que o seu âmbito de proteção se encontra aberto a riscos ou perigos à personalidade até agora não conhecidos<sup>7</sup>.

Outra dimensão relevante da personalidade do sujeito é a honra, a qual, sinteticamente, diz respeito à autoestima que o indivíduo procura preservar em face do outro ou da comunidade. Também a imagem constitui dimensão objetiva da personalidade e diz respeito à preservação da noção que a pessoa possui de si mesma e que legitimamente procura pôr a salvo da interferência alheia indevida. Os dois direitos sob exame dizem respeito àquilo que, segundo a ideia aristotélica reportada no início deste texto, representamos em face dos outros. O zelo com que em geral as pessoas cuidam do que representam em face do olhar dos outros evidencia a relevância que a imagem, a honra e a boa fama assumem no concerto do núcleo essencial da personalidade dos indivíduos.

Feitas essas considerações, breve exame há de ser feito acerca das formas mais recorrentes de danos aos direitos da personalidade nas relações de emprego. Além dos danos extrapatrimoniais oriundos

---

<sup>7</sup> A esse propósito, ver PIEROTH, Bodo e SCHLINK, BERNHARD (**Direitos Fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179), os quais reportam decisão do Tribunal Constitucional alemão.

de acidentes ou doenças do trabalho, as ações trabalhistas têm revelado a ocorrência de assédio moral que tomou forma especial no processo de transformação no modelo de acumulação flexível do capital. A concorrência empresarial pôs em evidência a necessidade do incremento gradativo da produtividade. A solução encontrada foi o estabelecimento de metas, com a conseqüente intensificação do trabalho e o apelo a métodos violadores da dignidade. O assédio moral passa a fazer parte da estratégia empresarial para incrementar a produtividade e por isso ele envolve a adoção de métodos não sutis, mas, sim, ostensivos, explícitos, que se dirigem ao conjunto dos trabalhadores envolvidos, por exemplo, na produção. Trata-se do assédio moral organizacional, em que a própria organização do sistema de produção introduz a humilhação dos trabalhadores como elemento que auxilie na intensificação da produtividade. São exemplos disso a imposição da anuência a regras internas e expectativas da organização para o alcance de metas mediante xingamentos, pressão psicológica, humilhações, etc.; a gestão baseada no medo da perda do emprego e no estresse.

O assédio moral de caráter organizacional guarda estreita vinculação com o processo de adaptação dos empregadores a formas de gerenciamento de pessoal afinadas com a reestruturação produtiva. Corresponde a uma violação da integridade psicológica do trabalhador, de sua honra subjetiva e objetiva, por vezes até de sua intimidade ou privacidade, podendo trazer graves efeitos para a sua saúde. São reiterados os casos trazidos aos autos de ações trabalhistas em que a agressão à boa fama, à imagem do trabalhador decorre da utilização de violência verbal de seus superiores hierárquicos, esses muitas vezes investidos na condição prática de feitores, e não de gestores.

Reação jurisprudencial também tem sido verificada no que diz respeito ao designado “dano à existência”, traduzido por exaustivas jornadas de trabalho caracterizadas de ilícito – o art. 59 da CLT limita a duas as horas de trabalho que podem exceder a duração do trabalho normal de 8 horas diárias assegurada no art. 7º, XIII, da Constituição – ou, por exemplo, mediante a não concessão de férias durante anos. Nesses casos ocorrem lesões psicomorais, danos à própria existência do sujeito, que resta impedido de desenvolver convívio social adequado e aptidões em geral para viver melhor.

### 3.4 Titulares

Conquanto haja controvérsias a respeito, não são somente pessoas naturais ou físicas que possuem a titularidade dos direitos da personalidade objeto de exame no presente texto. Também pessoas jurídicas possuem direitos da personalidade. Muito embora a intimidade e a privacidade não sejam direitos atribuíveis a pessoas jurídicas, é certo que a honra e a imagem são essenciais para que possam desenvolver com liberdade a sua atividade econômica. É sabido que a atribuição de ilícitos à determinada empresa, ou a desqualificação pública de seus produtos ou serviços, são fatores que podem trazer consequências irreversíveis no tocante à manutenção mesma da sua atividade econômica.

## 4 CONCLUSÃO

Como síntese das reflexões expostas, pode-se afirmar que os direitos da personalidade do trabalhador mantêm relação com o princípio ou valor fundante da República Federativa do Brasil e núcleo dos direitos fundamentais em geral, que vem a ser a dignidade da pessoa humana. Esse princípio ou valor supremo do ordenamento jurídico não deve servir de moeda barata para compor fórmulas destinadas a resolver os conflitos interpessoais. Exige, sim, que seus elementos integrantes sejam conhecidos e sujeitos à ponderação do intérprete e aplicador do direito quando se trata da resolução de conflitos envolvendo possíveis lesões a direitos da personalidade, os quais guardam estreita vinculação com o referido princípio ou valor, que é a dignidade da pessoa humana.

A partir da Constituição de 1988, os direitos fundamentais dos trabalhadores integram o sistema geral de direitos fundamentais. Na relação de emprego ou de trabalho, o trabalhador é, antes de tudo, titular de direitos da personalidade, os quais sobrelevam frente a sua condição de prestador de trabalho e, portanto, de subordinado ao poder de direção do tomador do trabalho.

A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas formam patrimônio imaterial que, em regra, deve remanescer livre da ingerência e da disposição por terceiros. Ao ordenamento jurídico interessa a preservação do núcleo desses direitos de modo que a prestação

de trabalho subordinado assegure tanto a subsistência material quanto o livre desenvolvimento da personalidade de quem trabalha. Atendidas essas condicionantes, a relação de emprego e os direitos fundamentais dela decorrentes serão concreção ou expressão de valores fundantes da nossa República, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

## REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Proteção do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015.
- LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais** – efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MACHADO, Guilherme. **O Princípio da Proteção do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015, p. 228 e ss.
- MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte – Staatsrecht II**, 26. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Aforismos para a sabedoria de vida**. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.
- ZANOTELLI DE ALVARENGA, Rúbia. **Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.





# A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO (SANTA CATARINA)

*Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira<sup>1</sup>*

*Thaís Janaina Wenczenowicz<sup>2</sup>*

**Resumo:** O artigo analisa a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência recente (2015) do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil. Nesta tarefa, define eficácia dos direitos fundamentais, em suas dimensões vertical e horizontal e as teorias doutrinárias a respeito da eficácia horizontal de tais direitos. A seguir, apresenta a jurisprudência recente do Tribunal Regional Laboral, na busca de decisões que, expressamente, afirmem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares de formas direta e imediata, como fundamentos e razões de decidir. O procedimento metodológico é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica e análise jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Eficácia horizontal direta. Direitos fundamentais. Relações de trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas vem, nos últimos anos, tomando corpo na doutrina e na jurisprudência nacionais. São várias as decisões que se utilizam, em seus fundamentos e como razões para decidir, da aplicação dos direitos

---

<sup>1</sup> Advogado, Mestre em Direito, Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade Anglicana de Erechim-RS e da Faculdade Anglicana de Tapejara/RS, [espiuca@yahoo.com](mailto:espiuca@yahoo.com).

<sup>2</sup> Doutora, Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Professora, Colaboradora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC/Brasil, [t.wencze@terra.com.br](mailto:t.wencze@terra.com.br).

fundamentais, de forma direta, às relações entre particulares.

Também chamada de vinculação dos particulares a direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil, é o tema do presente artigo, que busca analisar se, e em que medida, essa vinculação dos particulares tem sido utilizada na jurisprudência do referido Tribunal.

Para tanto, em sua primeira parte, o presente artigo apresenta elementos conceituais e indicadores da definição de eficácia dos direitos fundamentais, partindo da sua eficácia contra o Estado (também nominada de eficácia vertical) para a eficácia entre particulares (também conhecida como eficácia horizontal) e definindo as várias teorias a respeito desta última.

Na sua segunda seção, o presente trabalho analisa 13 decisões colegiadas – acórdãos – oriundas do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil, proferidas no ano de 2015, na busca de evidenciar a aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para a solução de litígios no TRT12.

Como procedimento metodológico, o trabalho utiliza-se da pesquisa bibliográfica, acompanhada da descrição e interpretação da jurisprudência recente (2015) do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil, na busca de verificar se este Tribunal tem aplicado a eficácia direta em suas decisões colegiadas. Também compõem o arcabouço de fundamentação teórica os autores que dialogam acerca dos direitos fundamentais, como Alexy, Luño, Sarlet, dentre outros.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA

Convém asseverar que a expressão “direitos fundamentais” surgiu, pela primeira vez, na França de 1770, no marco dos movimentos político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e logo alcançou grande relevo na Alemanha, onde, sob a denominação de *Grundrechte*, articulou-se o sistema de relações entre Estado e indivíduo, como fundamento de todas as ordens jurídica e política. É esse seu sentido na Grundgesetz de Bonn de 1949 (LUÑO,

2005b, p. 32).

Evidentemente, direitos fundamentais e direitos humanos guardam estreita relação, na medida em que os direitos fundamentais são, na verdade, os direitos humanos positivados, garantidos pela Constituição e, portanto, representam um elenco de direitos considerados fundamentais para determinada sociedade. Assim sendo, configuram-se no tal conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências sociais, razão por que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Bonavides, ao tratar dos direitos fundamentais, reconhece a sua vinculação à liberdade e à dignidade humana<sup>3</sup>, tidos como valores históricos e filosóficos, afirmando que tal fato conduz ao significado, sem nenhum óbice, da universalidade inerente a esses direitos, na condição ideal da pessoa humana. Destaca, ademais, que esse sentido de universalidade foi alcançado, pela primeira vez, com a Declaração do Homem e do Cidadão, que ensejou a descoberta

---

<sup>3</sup> Utiliza-se o conceito de dignidade humana à luz de Robert Alexy. Filósofo e PHD em Direito com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a Teoria dos Direitos Fundamentais - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito. É professor da Universidade de Kiel/Alemanha. Dentre suas principais publicações estão: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (1983) - traduzido para o português por Zilda Hutchinson Schild Silva sob o título de “Teoria Da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica” (Landy, 2008); *Theorie der Grundrechte* (1985; segunda edição 1994) - traduzido para o português por Luís Virgílio Afonso da Silva sob o título de “Teoria dos Direitos Fundamentais” (Malheiros, 2008); *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995) - traduzido para o português por Luís Afonso Heck sob o título de “Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito” (Livreria do Advogado, 2009); *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996* (1999) - traduzido para o espanhol por A. Daniel Oliver-Lalana sob o título de “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín” (Revista Doxa, nº 23, 2000); *Begriff und Geltung des Rechts* (2002) - traduzido para o português por Gercelia Batista de Oliveira Mendes sob o título de “Conceito e Validade do Direito” (WMF Martins Fontes, 2009); *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. (2002) - traduzido para o inglês por Stanley Paulson e Bonnie Litschewski Paulson (Oxford University Press, 2002); *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (2003); *Constitucionalismo Discursivo* (2007) - Compilação de diversos artigos traduzidos para o português por Luís Afonso Heck (Livreria do Advogado, 2007); *Teoria Discursiva do Direito* (2014); Compilação de diversos artigos e entrevistas organizados e traduzidos para o português por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Forense Universitária, 2014).

do racionalismo francês da Revolução de 1789 (BONAVIDES, 2010, p. 562).

Modernamente, refere Leal que autores, como Häberle e o próprio Luño, têm proposto um alargamento do conceito de direitos fundamentais, que significaria a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e as exigências sociais derivadas da concepção institucional do direito (LEAL, 2009, p. 28). Nas palavras de Luño,

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 e valores constitucionalmente proclamados. (LUÑO, 2005a, p. 25)

376

As definições conceituais trazidas a lume objetivam clarificar o campo semântico a fim de contribuir com o esclarecimento do equívoco resultante do entendimento de ambas as expressões como sinônimas, estabelecendo-se, com certo grau de precisão e rigor, as suas diferenças. Nesse particular, mostra-se interessante colacionar o entendimento de Dallari sobre a correta compreensão de conceitos no Estado Democrático de Direito:

[...] ponto que merece esclarecimento, porque fundamental ao exame da legalidade exigida pelo Estado Democrático de Direito, é a compreensão dos conceitos jurídicos. Considerando que os conceitos correspondem a uma idéia universal, não se pode admitir a existência de conceitos indeterminados. Aceita-se, porém, com base na origem natural da linguagem jurídica, a indeterminação das palavras que expressam o conceito. Decorre daí a potencial ambigüidade ou imprecisão da linguagem jurídica. Entretanto, constatar que por se basear na linguagem natural os conceitos jurídicos podem ser formados por termos imprecisos não significa, em nenhuma hipótese, negar a possibilidade real de determinação do significado desses conceitos. (DALLARI, 1995, p. 27)

Nesse diapasão, cumpre-nos, para os fins a que se destina o presente estudo, delinear o entendimento aqui adotado para o termo

“direitos fundamentais”.

De início, é necessário afirmar que, mesmo no Texto Constitucional de 1988, não há uma coerência semântica, pois encontramos ao longo dos dispositivos constitucionais várias expressões para determinar o que aqui optamos por nominar “direitos fundamentais”.

A Constituição de 1988 traz expressões, tais como: direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais, direitos e garantias individuais. Todas essas expressões utilizadas no texto da Lei Magna se referem aos mesmos direitos, ou, melhor dizendo, à mesma categoria de direitos, demonstrando, assim, que o termo “direitos fundamentais” deve abranger uma ampla categoria de direitos positivados e garantidos aos cidadãos pelo Texto Constitucional.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

No que diz com o uso da expressão “direitos fundamentais”, cumpre lembrar que o nosso constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo. (SARLET, 2011, p.28)

Assim, percebe-se, no uso da expressão “direitos fundamentais”, uma certa inovação para o Ordenamento Constitucional Pátrio, bem como uma expressa opção por uma determinada concepção a respeito desses direitos, ampla, genérica e constitucionalmente adequados.

Como já assinalado, embora muitas vezes utilizados como sinônimos, os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” carregam diferenças essenciais, em sua conceituação. Mas a posição aqui adotada é a de que “direitos fundamentais” são aqueles direitos humanos que foram reconhecidos e positivados na ordem constitucional positiva de determinado país, e, “direitos humanos” seriam aqueles direitos contidos nos documentos de direito internacional, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Essa é a posição de Sarlet (2011) e também a deste trabalho.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Serviram de aporte a essa análise as seguintes obras de Sarlet: **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 12. ed., 2015; **Comentários à Constituição do Brasil** (coordenador, junto a José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Lenio Luiz Streck e Léo Ferreira Leony). São Paulo: Saraiva, 2013 e

Assim, quando trata de direitos fundamentais, este trabalho se refere

àquelas garantias e liberdades outorgadas ao cidadão, pelo Texto Constitucional de 1988, e que, em virtude de sua positivação na Lei Magna, têm preferência na ordem jurídica e irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico nacional.

Delineado o entendimento atribuído à expressão “direitos fundamentais”, impõe abordar a questão de sua eficácia na ordem jurídica do Brasil.

O art.5º da Constituição de 1988, no seu § 1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988). Esse dispositivo constitucional não deixa margens para qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Contudo, algumas explicações sobre o significado dessa aplicabilidade imediata se fazem necessárias, uma vez que se percebe, na doutrina nacional, certa dissensão a respeito do entendimento sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

378

José Afonso da Silva (1982), Virgílio Afonso da Silva (2006) e Ingo Wolfgang Sarlet (2011) defendem a existência de distinção entre os conceitos de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais e, com mínimas diferenças, convergem a respeito da distinção entre aplicabilidade, entendida essa como a aptidão normativa para produzir efeitos no mundo concreto, e eficácia como potencial de aplicação da norma. Assim, pode uma norma ter eficácia (potencial de aplicação ao caso concreto) e, mesmo assim, não poder ser aplicada diretamente (pela ausência de praticidade, por exemplo), devido a objeções de ordem prática.

Para os fins a que se destina este trabalho, entende-se a eficácia da norma como a sua potencialidade para ser aplicada ao caso concreto, para ser utilizada para solução de conflitos no mundo dos fatos.

Partindo desse pressuposto, que as normas de direitos fundamentais possuem eficácia, em virtude de sua condição e de

determinação explícita da Constituição Federal de 1988, necessário, então, estudar as formas como essa eficácia é aplicada ao caso concreto.

## 2.1 Eficácia vertical dos Direitos Fundamentais

Entende-se, aqui, a eficácia vertical dos direitos fundamentais aquela aplicação de tais normas às relações entabuladas entre o Estado e o indivíduo. Portanto, a denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se à sua oponibilidade aos atos oriundos do Poder Público e seus agentes. Isso quer dizer que os agentes públicos e o próprio Estado (por meio de sua atividade legislativa, por exemplo) estão vinculados à eficácia das normas de direitos fundamentais e por elas devem balizar seus atos.

Isso se deve ao fato de que a eficácia (dos direitos fundamentais) perante o Estado deve ser revestida de reforço nos seus efeitos em razão de seu *locus* normativo no seio constitucional, e em função do comando direto do art.5º, § 1º, da mesma Constituição de 1988, quando são aplicadas pelo Estado. Esse é o ensinamento de Sarlet:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição. (SARLET, 2011, p. 271)

Então, a verticalidade da eficácia das normas jusfundamentais é a possibilidade de o indivíduo, que tiver seus direitos constitucionais violados por ação, ou mesmo por omissão estatal, poder invocar a aplicação direta e imediata de tais normas, tanto para obter a cessação da ameaça ou da violação, quanto para impor ao Estado uma ação concreta como resultado da norma de direito fundamental.

## 2.2 A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais

No tocante à problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a possibilidade de se opor aos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas, nas quais o Estado não é sujeito, a questão a ser discutida é se tais direitos podem ou não ser invocados, ou mesmo se o particular tem ou não condições de figurar como violador de direitos fundamentais.

Nessa seara, existem algumas posições doutrinárias relevantes, as quais passamos a explicitar, para, ao final, adentrarmos ao estudo da utilização da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, no âmbito da jurisprudência laboral recente (2015) de Santa Catarina.

### 2.2.1 Teoria da eficácia mediata

A devida teoria foi desenvolvida por Günther Dürig, na Alemanha, e foi adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão na solução do conhecido Caso *Lüth*<sup>5</sup>, em 1958. Em alusão ao entendimento de Steinmetz sobre a teoria da eficácia mediata, indica-se:

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (princípios objetivos) ou, para usar uma terminologia a teoria axiológica dos direitos fundamentais, como sistema de valores (*Wertsystem*) ou uma ordem objetiva de valores. Isso apareceu expressamente na construção do Tribunal Constitucional alemão na decisão do Caso *Lüth*. (STEINMETZ, 2004, p. 138-139)

Dessa forma, para a teoria da eficácia mediata, os direitos

---

<sup>5</sup> O caso *Lüth* refere-se ao litígio entre *Eric Lüth*, presidente do clube de imprensa em Hamburgo que, na década de 1950, empreendeu um boicote contra um filme produzido durante a época do *III Reich* e chamado de *Unsterbliche Geliebte de Veit Harlan*, pelo motivo de que o cineasta havia produzido, durante o período do nazismo, vários filmes de conteúdo antisemita. Em primeira instância, *Harlan* obteve decisão que proibia *Lüth* de empreender o boicote. Contudo, na Corte Constitucional, *Lüth* obteve julgamento a seu favor sob o argumento que o direito fundamental à liberdade de manifestação de opinião não deveria ser mitigado por uma decisão judicial de um tribunal civil, baseando-se em leis gerais de natureza privada. Este caso determinou que os tribunais ordinários deveriam levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pela legislação em geral.

fundamentais atuam como uma ordem objetiva de valores que devem ser obedecidos pelo Estado e pelos particulares, como resultado de seu núcleo central, que é o livre desenvolvimento da pessoa humana. Também se apoia a eficácia mediata na garantia da dignidade da pessoa humana no convívio social, pelo que os direitos fundamentais devem ter precedência em todo o ordenamento jurídico, que, impregnado por tais valores objetivos, deve se amoldar, em todos os seus aspectos, à obediência de tais valores.

Para Steinmetz, a teoria da eficácia mediata mantém a premissa de que os direitos fundamentais são, *prima facie*, direitos de liberdade e, por isso mesmo, devem ser entendidos como “*direitos de defesa (direitos de liberdade) ante o Estado*” (STEINMETZ, 2004, p. 140).

Partindo dessa premissa, a teoria da eficácia mediata afirma que os direitos fundamentais não podem nem devem produzir nenhum efeito direto nas relações intersubjetivas, uma vez que todos os participantes dessas relações seriam detentores das proteções a tais direitos, ao passo que, nas relações entre indivíduo e Estado, este último não goza de tal condição.

Assim, quando houvesse conflito de direitos fundamentais e para que produzissem efeitos nas relações intersubjetivas, os aplicadores da lei deveriam utilizar-se do direito privado para dirimir a controvérsia, por meio da ponderação ou equilíbrio de tais direitos (HESSE, 1995, p. 60).

Em outras palavras, para essa teoria da eficácia mediata cabe ao legislador, ao criar as normas de direito privado, e ao juiz, ao aplicá-las, de acordo com as diretrizes valorativas objetivas gerais das normas de direitos fundamentais, a modulação da eficácia de tais direitos nas relações entre indivíduos.

### 2.2.2 Teoria da eficácia imediata

Esta segunda teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi, inicialmente, criada por Hans Karl Nipperdey e adotada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho, também na Alemanha em meados da década de 1950.

Em sua concepção originária, nessa teoria, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas deveria ser aplicada sem qualquer mediação quando houvesse um *status* jurídico especial de um dos participantes da relação em detrimento aos demais envolvidos (NIPPERDEY, *apud* STEINMETZ, 2004, p. 165).

Contudo, atualmente, essa teoria não se restringe à aplicação imediata dos direitos fundamentais quando há desigualdade entre os particulares envolvidos, uma vez que tais direitos são entendidos como “posições jurídicas concedidas pela Constituição aos particulares em suas relações com outros particulares, independentemente de seu poder ou sua influência” (STEINMETZ, 2004, p. 165).

Assim, para a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais, por sua condição de norma constitucional positivada, devem irradiar seus efeitos não apenas por meio da mediação legislativa (ao se criar a norma), ou na atuação do Estado (direito de defesa ou de liberdade), mas, também e principalmente, nas relações entre indivíduos, como verdadeiros direitos subjetivos.

Tais direitos devem ser entendidos como fundamento de todo o ordenamento jurídico e, por isso, podem ser diretamente opostos e invocados nas relações intersubjetivas, sem a necessidade de qualquer mediação prévia.

Steinmetz acrescenta:

Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos e normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais. (STEINMETZ, 2004, p. 167)

Dessa forma, a teoria da eficácia imediata propugna pela aplicação direta e sem mediações legislativas ou judiciais nas hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais nas relações entre particulares, pela compreensão da força da norma constitucional positivada.

### 2.2.3 Teorias de imputação ao Estado

Existem duas teorias que entendem que as lesões de direitos fundamentais não podem ser imputadas ao particular, uma vez que esse não é destinatário das normas jusfundamentais, e que só o Estado pode figurar como tal: A teoria de Schwabe e a Teoria da *State Action*.

A primeira foi criada por Jürgen Schwabe, na Alemanha, no final da década de 1940, e se apresenta como uma alternativa às teorias da eficácia imediata e da eficácia mediata.

Para Schwabe, de acordo com Steinmetz, “[...] toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal.” (STEINMETZ, 2004, p. 176).

Assim, sempre que um particular causasse lesão ou ameaça a direito fundamental de outra pessoa, tal lesão ou ameaça deveria ser entendida como resultado da permissão ou omissão estatal e, por isso, não deveria ser imputada ao cidadão a conduta lesiva, sendo o Estado, em última instância, o responsável. Também entende essa teoria de Schwabe que, se o Estado não proibiu a intervenção ilícita, então este mesmo Estado é o responsável direto pela lesão (ALEXY, 2011, p. 530-532).

A chamada *Stateaction doctrine* nasce nos Estados Unidos da América e, sendo anterior à Teoria de Schwabe, é aquela que tenta negar a aplicação direta e imediata às relações entre particulares, mas encontra na jurisprudência um subterfúgio para tal aplicação.

Embora negue, aparentemente, a vinculação aos particulares, a Teoria da *Stateaction* utiliza de subterfúgio para aplicar os Direitos Fundamentais às relações entre particulares. O estratagema consiste em relegar ao Estado a responsabilidade por atos de natureza privada, na verdade, fazendo equiparação desses atos privados com aqueles de origem pública.

É mediante essa ficção jurídica que os doutrinadores da Teoria da *Stateaction* conseguem pacificar o problema de saber quando uma ação privada tem possibilidade de se equiparar ou transmutar-se em ação pública.

Conforme Steinmetz, essa teoria pode ser assim definida:

O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *stateaction* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos. (STEINMETZ, 2004, p. 179)

Corroborando com essa visão, Freitas e Clemente assim asseveram:

Em que pese a Teoria da *State Action* querer negar (ainda que aparentemente) a vinculação dos Direitos Fundamentais, o trabalho jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense acaba encontrando, de uma forma ou de outra, uma conformação daquela ação privada, transformando-a em pública, garantindo, desse modo, que se preserve um direito constitucional violado. (FREITAS; CLEMENTE, 2010, p. 77)

Portanto, a teoria de Schwabe e a *Stateaction doctrine* querem negar a eficácia direta dos direitos fundamentais e afirmam que o Estado (Schwabe) é o último responsável pelas lesões a esses direitos, por omissão ou falta de proibição, e a ação do indivíduo (*Stateaction*) pode ser equiparada à ação estatal, com a finalidade de reparar lesões ou cessar ameaças.

384

#### 2.2.4 O modelo integrador de Robert Alexy

O doutrinador alemão Robert Alexy vislumbra a possibilidade de unificar as três teorias anteriores (eficácia direta, eficácia indireta e a teoria de Schwabe) de forma a atender a todas as possíveis formas de aplicação dos direitos fundamentais.

Alexy afirma que as teorias da eficácia direta e da eficácia indireta se dirigem, primariamente, ao Poder Judiciário, e que a teoria da imputação (Schwabe) deve ser dirigida aos Poderes Legislativo e Judiciário (ALEXY, 2011, p. 531).

Afirma, ainda, o pesquisador alemão que as três teorias reconhecem que ambas as partes envolvidas nas relações intersubjetivas são detentoras de direitos fundamentais e que, por isso mesmo, a eficácia deve ocorrer de forma gradual e ponderada a fim de salvaguardar ambos

os direitos em colisão. (ALEXY, 2011, pp. 533-542).

Para o autor, um único modelo não pode abarcar todas as nuances que o conflito de direitos fundamentais potencialmente carrega. Faz-se necessário um modelo mais amplo, com condições de agregar quaisquer especificidades surgidas no conflito, e que seja capaz de lidar com as ações estatais e privadas, alcançando, assim, uma solução adequada e necessária.

Nas palavras de Alexy, o modelo deve integrar as várias teorias, pois

[...] até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado como a solução completa. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa, e, nesse sentido, adequada. Os marcos fundamentais de um tal modelo serão esboçados a seguir.

O modelo é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação. (ALEXY, 2011, p. 533)

Conforme Steinmetz, o modelo de Alexy é capaz de resolver a maioria dos conflitos, por meio da aplicação integrada dos pontos adequados de cada modelo, propondo, assim, uma solução satisfatória. Cada modelo apresenta

proposições corretas sobre o complicado problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por isso, é necessário um modelo que integre os pontos corretos de cada teoria em uma solução completa e adequada. (STEINMETZ, 2004, p. 182)

Dessa forma, a teoria integradora de Robert Alexy propõe um modelo de solução de conflitos entre direitos fundamentais, utilizando-se de todas as teorias apresentadas, de modo a oferecer solução mais completa, uma vez que entende que cada uma das teorias enxerga com correção um aspecto diferente da eficácia e que, por isso, apenas por meio da integração de todas elas é que se pode chegar a uma solução

satisfatória, adequada e completa.

Este trabalho se propõe a investigar a existência de decisões recentes (2015) que façam aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil.

Para tanto, explicitadas as diversas teorias e sua visão do problema, passamos a analisar a jurisprudência da citada Corte Regional, em busca da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas, especificamente nas relações de trabalho.

### **3 A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO, SANTA CATARINA, BRASIL**

De início, cumpre ressaltar que, na busca efetuada no sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, não existe grande quantidade de decisões colegiadas (acórdãos) julgadas no ano de 2015, que mencionam, expressamente, os termos “eficácia direta dos direitos fundamentais”. Entretanto, o que se pode perceber é que há grande número de acórdãos que aplicam a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sem fazer uso expreso e inequívoco dos vocábulos “eficácia direta dos direitos fundamentais”.

No decorrer da pesquisa, foram selecionadas e elencadas, exemplificativamente,<sup>13</sup> decisões colegiadas – acórdãos – que demonstram a aplicação da eficácia direta ou imediata pela Corte Regional Laboral mencionada. As decisões são oriundas da 6ª Câmara (7 decisões), da 5ª Câmara (4 decisões) e da 1ª Câmara (3 decisões). Isso nos remete à realidade de que há predominância da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares nas Câmaras julgadoras mencionadas.

O primeiro acórdão analisado é o que consta dos autos do processo RO 0003855-88.2012.5.12.0007, de lavra da 6ª Câmara, com relatoria do Juiz convocado Nelson Hamilton Leiria, que tratou de julgar e deferir o pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade

de forma acumulada. Na legislação laboral vigente, é de escolha do empregado o pagamento entre um ou outro adicional quando estiver submetido a ambas as condições, quais sejam, ambiente de trabalho perigoso e insalubre ao mesmo tempo. Contudo, o referido acórdão afirma que a dignidade da pessoa humana é valor máximo na ordem jurídica nacional e que a Constituição Federal de 1988 garante o direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente do trabalho seguro e sadio, para, portanto, condenar a empresa-ré ao pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em detrimento da legislação laboral vigente. Verifica-se na decisão a aplicação da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações laborais, como forma de garantir a efetividade da dignidade humana por meio da garantia de um meio ambiente do trabalho seguro e sadio.

A referida decisão utiliza-se, também, da eficácia direta dos direitos fundamentais ao deferir indenização por danos morais por condições de trabalho degradantes em função das condições de moradia oferecidas aos empregados. O acórdão, mais uma vez, invoca a obrigação constitucional de manter o ambiente de trabalho sadio e seguro, como direito fundamental do trabalhador a ser imposto ao empregador como fundamento da obrigação de indenizar o empregado.

O segundo acórdão selecionado é oriundo do processo 0003098-03.2014.5.12.0047, julgado pela 5ª Câmara e de relatoria do Desembargador José Ernesto Manzi. O referido julgado afirma a dignidade do trabalhador e o direito à saúde e ao convívio familiar como fundamentos da obrigação de reparar financeiramente os danos morais sustentados por trabalhador a quem era imposta jornada de 17 a 20 horas diárias, bem como pela ausência de concessão regular do descanso semanal remunerado.

A predita decisão utilizou como fundamentação a comparação das longas e exaustivas jornadas de 17, 18 ou 19 horas de trabalho, com 1 hora de intervalo intrajornada, com as jornadas praticadas na época da Revolução Industrial. Ainda como fundamentação, o acórdão referiu-se aos longos períodos de trabalho contínuo sem a concessão do descanso semanal remunerado, em espaços de tempo que chegaram a durar 19 (dezenove) dias consecutivos sem a concessão de folga. Às jornadas

referidas, a decisão atribuiu o condão de lesar o patrimônio imaterial do reclamante, como dano *in re ipsa*, uma vez que feriam a dignidade do trabalhador, e, com base nesse dano, majorou a indenização por dano existencial causado pelas longas jornadas de trabalho.

O terceiro acórdão é oriundo do processo 0000424-22.2012.5.12.0015, julgado pela 6ª Câmara, com relatoria da Desembargadora Lília Leonor Abreu, que deferiu o pagamento de indenização por dano moral coletivo resultante de “condições precárias de higiene, conforto e segurança no meio ambiente de trabalho.”

A mencionada decisão utiliza-se, em sua fundamentação, da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho para justificar o deferimento de indenização por danos morais coletivos em função de tratamento degradante e desrespeito à dignidade dos trabalhadores pelo não fornecimento de equipamentos de proteção individual adequados, bem como pelas péssimas condições da alimentação, das instalações sanitárias, das acomodações e do tratamento “truculento” por parte dos prepostos das reclamadas. Ao fim, a decisão reconhece a obrigação de pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) sem prejuízo das condenações a indenizações individuais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a cada trabalhador, aplicando, assim, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

O quarto acórdão analisado foi proferido pela 1ª Câmara, nos autos do processo 0001621-94.2013.5.12.0041, com relatoria da Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira. A mencionada decisão utiliza-se do direito fundamental à percepção de adicional de hora extra, em detrimento à garantia constitucional de reconhecimento das convenções e acordos coletivos, para deferir o pagamento das horas extras efetivamente laboradas em vez do número pré-fixado em Convenção Coletiva de Trabalho. O Acórdão afirma que, embora exista garantia do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, essa presunção não prevalece diante da prova inequívoca de aspectos relativos a fatos concretos da relação de emprego.

Por fim, o acórdão em exame defere o pagamento de horas extraordinárias, com base na prova carreada aos autos, e desconstitui a

validade da cláusula da convenção coletiva que limitava o pagamento a apenas duas horas extraordinárias por dia, quando as viagens fossem longas. Outro aspecto relevante da referida decisão é a aplicação direta dos direitos fundamentais para deferir o pagamento de indenização por dano existencial em decorrência de jornadas excessivas, sob o fundamento de que o trabalho não deve “frustrar o gozo de direitos tipicamente sociais” e que o mesmo trabalho deve “ser o instrumento máximo de promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador, conduzindo-se pelos ideais de vida e de realização pessoal do obreiro.”

O quinto acórdão estudado é o proferido nos autos da reclamatória trabalhista 0006099-88.2012.5.12.0039, julgado pela 6ª Câmara e de relatoria da Desembargadora Lília Leonor Abreu, que aplicou os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação nas relações de trabalho para deferir indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da personalidade do trabalhador, que sofria humilhação e constrangimento em função de portar deficiência mental.

Tal decisão utiliza, com fundamento principal, a dignidade da pessoa humana ao deferir a indenização pecuniária pela discriminação sofrida. Não obstante, utiliza-se, também, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que se tornou a primeira convenção internacional a ter força de emenda constitucional no Brasil. A decisão ressalta, por fim, a tarefa do Judiciário de concretizar os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, asseverando que, em caso de pessoas portadoras de deficiência, deve haver aplicação mais severa dos critérios de proteção à dignidade da pessoa humana.

O sexto acórdão trazido para estudo é oriundo da 1ª Câmara, que julgou o processo 0002061-90.2013.5.12.0041, de relatoria da Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira. Nessa decisão, a eficácia direta dos direitos fundamentais foi aplicada para deferir a equiparação salarial e as demais parcelas trabalhistas atinentes à categoria entre trabalhadores terceirizados e os contratados pela tomadora de serviços.

Os fundamentos constitucionais aplicados ao caso concreto, de maneira direta e imediata, foram o princípio da isonomia e os preceitos concernentes à prevalência na ordem jurídica dos direitos

sociotrabalhistas. A equiparação das condições de pagamento também foi estendida à jornada especial da categoria (bancários) e foi deferido, ainda, o pagamento de horas extraordinárias ao trabalhador terceirizado, em decorrência do reconhecimento da condição de bancário, como resultado da aplicação direta do princípio da isonomia.

O sétimo acórdão utilizado no presente estudo é resultado de julgamento da 6ª Câmara e foi proferido nos autos do processo 0004287-60.2012.5.12.0055, de relatoria da Desembargadora Lília Leonor Abreu, que se utiliza dos direitos constitucionais à vida, à saúde e ao trabalho para deferir a indenização pelo período de estabilidade acidentária não respeitada em função de falência da empresa empregadora. A fundamentação assevera que deve ser assegurada a máxima eficácia aos direitos fundamentais do trabalhador. No caso em tela, a garantia de emprego em função de acidente de trabalho é de caráter personalíssimo e subsiste diante da falência do empregador, que resta obrigado a indenizar pecuniariamente ao empregado detentor de estabilidade, mesmo diante do fracasso econômico de seu empreendimento, como resultado da máxima eficácia dos direitos fundamentais prolatada na decisão colegiada em exame.

Para deferir indenização por danos morais em decorrência de acidente de trabalho (que deu causa à estabilidade acidentária), a decisão afirmou a relevância dos princípios fundamentais da dignidade humana e do direito à saúde, insculpidos na Constituição Federal de 1988.

O oitavo acórdão averiguado é de relatoria do Desembargador José Ernesto Manzi e foi proferido pela 5ª Câmara, nos autos do processo 0000285-85.2014.5.12.0052. O referido acórdão trata de deferir a um trabalhador estrangeiro sem visto para trabalho em solo brasileiro o reconhecimento do vínculo de emprego e a aplicação da lei brasileira.

Os principais fundamentos da decisão são os princípios constitucionais do valor social do trabalho, e os direitos fundamentais à igualdade e à dignidade humana para afastar a aplicação do Estatuto do Estrangeiro, a Lei nº 6.815/80, que veda expressamente o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro que se encontra no País com visto de turista.

A sentença de primeiro grau deferiu apenas o pagamento dos

salários, pelo prazo em que o trabalhador esteve ilegalmente no País, indeferindo o reconhecimento do vínculo, sob a égide do Estatuto do Estrangeiro. A decisão colegiada, contudo, deferiu o vínculo empregatício, fundamentando sua escolha nos princípios constitucionais antes mencionados, determinando o retorno dos autos à vara de origem para julgamento dos demais pedidos, como medida de garantia do duplo grau de jurisdição.

Dessa forma, o acórdão citado aplicou, de forma direta e imediata, os direitos fundamentais nas relações de trabalho para afastar a aplicação de lei vigente e garantir o usufruto dos direitos trabalhistas constitucionais ao trabalhador estrangeiro em situação irregular e sem autorização para trabalho no País.

Para o nono acórdão estudado, oriundo da 6ª Câmara, proferido nos autos do processo 0000478-66.2013.5.12.0010, de relatoria da Desembargadora Teresa Regina Kotosky, o simples descumprimento de obrigação trabalhista não gera o direito à indenização por danos morais, mas resta preservado o direito constitucional do acesso à justiça ao empregado que tenha seus direitos frustrados.

No caso em exame, o acórdão assevera que a simples imposição de jornada extensiva não gera a obrigação de indenizar, sendo obrigação do empregado comprovar que houve dano ao projeto de vida, indicando, inclusive “objetivamente, eventual frustração que teria decorrido da sujeição às jornadas extenuantes”, sob pena de não lhe ser reconhecido qualquer dano decorrente da exigência de jornada excessiva.

Essa decisão vai na contramão das demais aqui apresentadas, mas serve como indicativo de que, apesar de serem sobejamente encontradas decisões que afirmam a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, ainda é possível encontrarmos decisões em direção contrária, embora minoritárias.

O décimo acórdão analisado no presente estudo é de relatoria do Desembargador José Ernesto Manzi e foi proferido pela 5ª Câmara, nos autos da reclamatória trabalhista 04273-2013-040-12-00-0. O acórdão em tela afirma, expressamente, que o “empregado, em troca do salário, não abre mão de sua dignidade, de que é elemento essencial a sua intimidade”, para deferir o pagamento de indenização por violação

do sigilo bancário do empregado pelo banco empregador, mesmo em situação de fundada suspeita de prática ilícita pelo empregado.

Os principais fundamentos, lançados no acórdão mencionado, são a inviolabilidade do sigilo bancário e a impossibilidade de renúncia dos direitos fundamentais, em detrimento de autorização expressa da empregada em sentido contrário. O acórdão reconhece, ainda, que os direitos fundamentais à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e de dados são garantias atinentes, também, ao sigilo bancário. Dessa forma, entende o acórdão ser impossível a violação do sigilo bancário pelo banco empregador, ainda que sob fundada suspeita de ilícito trabalhista.

O décimo primeiro acórdão estudado é de relatoria do Juiz Convocado Narbal Antônio de Mendonça Fileti e foi proferido nos autos do processo 0000700-68.2014.5.12.0052, bem como julgado pela 5ª Câmara.

O ponto de destaque desse acórdão é que ele afirma, de maneira clara e expressa, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, bem como a possibilidade de limitação desses mesmos direitos. O caso estudado trata de cancelar a justa causa aplicada a empregado que se utilizou das ferramentas de comunicação pertencentes à empregadora de forma inaceitável, tornando-se culpado pela demissão.

O acórdão afirma, ainda, que o empregador pode acessar as “comunicações de seus colaboradores sem que isso ofenda o direito constitucional de inviolabilidade de correspondência” na medida em que os instrumentos utilizados pelo empregado não pertencem a este, mas, sim, ao empregador.

A decisão conclui e afirma que “nenhum direito fundamental é absoluto, podendo ser limitado pela própria conduta do beneficiário do direito nos termos legais”, estando, dessarte, autorizada a fiscalização pelo empregador das comunicações do empregado, sem que isso constitua em violação da intimidade e da inviolabilidade de correspondência, sempre que os instrumentos utilizados sejam de propriedade do empregador. O acórdão decidiu manter a justa causa aplicada na primeira instância, sob tais fundamentos.

A décima segunda decisão estudada é de relatoria do Juiz Convocado Alexandre Luiz Ramos, sendo proferida nos autos da ação 0003260-71.2014.5.12.0055, pela 6ª Câmara, e trata de conceder indenização a funcionário que foi alvo de correspondências eletrônicas de cunho homofóbico pelos colegas de trabalho.

No caso em exame, a decisão aplica a eficácia direta dos direitos fundamentais para justificar a admissão de prova ilícitamente obtida, sob o argumento de que a dignidade humana é diretriz mais relevante no ordenamento jurídico. Ocorre que o reclamante acessou, indevidamente, o computador de colega de trabalho e imprimiu mensagens eletrônicas trocadas entre dois colegas, mensagens essas que continham conteúdo homofóbico, e referiam-se à sua pessoa.

A decisão, apesar de reconhecer que as provas foram obtidas de forma ilícita, afirma que a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana, ferida pelas mensagens de caráter ofensivo trocadas no ambiente de trabalho, autoriza a admissão de tais provas ilícitas para condenar a empregadora ao pagamento de indenização por danos morais. De forma concreta, a decisão examinada exercita verdadeira ponderação entre os direitos fundamentais à inviolabilidade de correspondência e à dignidade da pessoa humana, decidindo pela prevalência deste em detrimento daquele, mantendo a condenação ao pagamento de indenização por danos morais por aplicação direta dos direitos fundamentais às relações de trabalho, mediante a ponderação entre os direitos em colisão.

Já a décima terceira decisão selecionado é oriunda da 1ª Câmara Cível, prolatada nos autos do processo 0002069-62.2012.5.12.0054, sob a relatoria do Desembargador Jorge Luiz Volpato, e aborda a prática de revista nos pertences pessoais e bolsas dos empregados, aplicada pelo empregador.

A referida decisão aplica, diretamente, os direitos fundamentais nas relações de trabalho ao invocar os direitos fundamentais à presunção de inocência e à dignidade humana, insculpidos no Texto Constitucional de 1988, como fundamento para o deferimento de indenização decorrente de danos morais sofridos mediante a revista de pertences pessoais dos empregados.

A decisão mencionada afirma, expressamente, que o direito fundamental à propriedade do empregador não é direito absoluto de modo a autorizar a revista dos pertences pessoais dos empregados, sob a mera suspeita de possível furto. A decisão assevera que, no caso em exame, cabe ponderação entre o direito fundamental à presunção de inocência e o direito fundamental à propriedade privada, sendo tal ponderação realizada “tendo por referência a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).”

Percebe-se, assim, que o acórdão aplica, de maneira direta, a eficácia dos direitos fundamentais às relações de trabalho para deferir indenização por violação do princípio da presunção de inocência, direito fundamental tradicionalmente oposto ao Estado, que detém o poder de processar, julgar e punir culpados nos termos da lei penal tipificada.

Dessa forma, é seguro afirmar que o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina, Brasil, embora por vezes não afirme claramente em suas decisões, tem aplicado em suas várias Turmas Julgadoras a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especificamente na relação de emprego.

Seguro ainda afirmar que o citado Tribunal tem a tendência de aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em relação ao conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e os direitos fundamentais dos trabalhadores, exemplificamente: direito à presunção de inocência, direito à intimidade, direito à inviolabilidade da vida privada e o direito à inviolabilidade de correspondência, postulando pela prevalência dos direitos dos trabalhadores em detrimento do direito fundamental de ordem patrimonial do empregador.

Ressalte-se, por vezes, que o Tribunal do Trabalho de Santa Catarina exercitou a ponderação de direitos fundamentais, por meio do sopesamento, para determinar a prevalência de um direito em detrimento do outro. Isso demonstra uma verdadeira tendência ao balanceamento de direitos e à aplicação da eficácia direta e imediata de direitos fundamentais às relações laborais intersubjetivas.

## 4 CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais têm sido alvo de discussão e estudo por doutrinadores e aplicadores do direito há muitos anos. Esses são entendidos como aqueles direitos de cunho intrínseco ao ser humano e que estejam positivados na seara do direito constitucional de um Estado. No Brasil o direito constitucional consagrou muitos direitos como fundamentais e, entre eles, vários são de cunho laboral.

As várias teorias de aplicação dos direitos fundamentais vão desde a negativa de sua aplicação às relações intersubjetivas, passando por equiparação dos atos privados a atos estatais, até o entendimento de uma aplicação direta e imediata de tais normas jusfundamentais às relações entre particulares.

No Brasil, os tribunais evidenciam uma forte tendência à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, em especial nas relações de cunho laboral.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região demonstra farta jurisprudência, a qual afirma serem os direitos fundamentais direta e imediatamente aplicáveis às relações de trabalho, com predominância de decisões oriundas das 1ª, 5ª e 6ª Câmaras.

Verificou-se, pelo presente estudo, que o TRT da 12ª Região aplica a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para deferir o pagamento de indenizações por danos morais decorrente de injustificadas incursões dos empregadores na esfera dos direitos fundamentais dos empregados, mesmo que alguns desses direitos fundamentais operários sejam, tradicionalmente, opostos ao estado, tais como a presunção de inocência ou o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, é plausível afirmar que, em caso de colisão entre o direito fundamental à propriedade privada do empregador e outros direitos fundamentais de natureza não econômica do empregado, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região tem a tendência de afirmar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e de dar prevalência aos direitos do empregado, mediante o uso da ponderação entre direitos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilo Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte, 1986.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 12ª Região. 6ª Câmara. **RO 0003855-88.2012.5.12.0007, proveniente da 1ª Vara do Trabalho de Lages-SC**. Relator Juiz Convocado Nelson Hamilton Leiria. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5ª Câmara. **RO 0003098-03.2014.5.12.0047, proveniente da 3ª Vara do Trabalho de Itajaí-SC**. Relator Desembargador José Ernesto Manzi. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6ª Câmara. **RO 0000424-22.2012.5.12.0015, proveniente da Vara do Trabalho de São Miguel do Oeste-SC**. Relatora Desembargadora Lília Leonor de Abreu. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 1ª Câmara. **RO0001621-94.2013.5.12.0041, proveniente da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão-SC**. Relatora Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6ª Câmara. **RO 0006099-88.2012.5.12.0039, proveniente da 3ª Vara do Trabalho de Blumenau-SC**. Relatora Desembargadora Lília Leonor Abreu. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 1ª Câmara. **RO 002061-90.2013.5.12.0041, proveniente da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão-SC**. Relatora Desembargadora Águeda Maria Lavorato Pereira. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6ª Câmara. **RO 0004287-60.2012.5.12.0055, proveniente da 4ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC**. Relatora Desembargadora Lília Leonor Abreu. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5ª Câmara. **RO 0000285-85.2014.5.12.0052, proveniente da Vara do Trabalho de Timbó-SC**. Relator Desembargador José Ernesto Manzi. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6ª Câmara. **RO 0000478-66.2013.5.12.0010, proveniente da Vara do Trabalho de Brusque-SC**. Relatora Desembargadora Teresa Regina Cotosky. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5ª Câmara. **RO 0004273-2013-040-12-00-0, proveniente da 1ª Vara do Trabalho de Balneário Camboriú-SC**. Relator Desembargador José Ernesto Manzi. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5ª Câmara. **RO 0000700-68.2014.5.12.0052, proveniente da Vara do Trabalho de Timbó-SC**. Relator Juiz Convocado Narbal Antônio de Mendonça Fileti. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. – 6ª Câmara. **RO 0003260-71.2014.5.12.0055, proveniente da 4ª**

**Vara do Trabalho de Cricúma-SC.** Relator Juiz Convocado Alexandre Luiz Ramos. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 1ª Câmara. **RO 0002069-62.2012.5.12.0054, proveniente da 3ª Vara do Trabalho de São José-SC.** Relator Desembargador Jorge Luiz Volpato. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde.** São Paulo: Hucitec, 1995.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. A incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et al.* (Coord.). **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Conceito, 2010.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado.** Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Civitas, 1995. Título original, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales.** 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed., rev. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado.** n. 4, out./dez. 2006, p. 23-51.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed, 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.



# POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DA IGUALDADE MATERIAL PARA A LIBERDADE PESSOAL



*Rodrigo Goldschmidt<sup>1</sup>*

*Andressa Zanco<sup>2</sup>*

**Resumo:** o presente estudo tem por objetivo analisar e compreender o direito à igualdade, reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito humano fundamental, nas acepções formal e material. Nesse sentido, a presente pesquisa visa demonstrar um estudo sobre as políticas públicas e ações afirmativas como mecanismo de efetividade do direito material à igualdade, aplicada no mercado de trabalho da mulher. Além disso, busca demonstrar a aplicação de políticas públicas de proteção da mulher como mecanismo de efetividade de sua liberdade pessoal. Empregam-se as pesquisas doutrinária e documental.

399

**Palavras-chave:** Igualdade formal. Igualdade material. Ações afirmativas. Políticas públicas. Mercado de trabalho da mulher.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à igualdade é um direito humano que foi constitucionalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, durante muito tempo a igualdade apresentou-se apenas na sua dimensão formal, ou seja, igualdade perante a lei, o que se demonstrou insuficiente, principalmente no que diz respeito à igualdade de gêneros.

O objetivo desta análise é verificar de que maneira a igualdade formal pode ser aplicada na dimensão material, visando sempre à

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS, Doutor em Direito pela UFSC, Professor e pesquisador do Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC (em andamento), Juiz do Trabalho Titular de Vara do TRT12, [rimgold@desbrava.com.br](mailto:rimgold@desbrava.com.br), [rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br](mailto:rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br).

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela UNOESC, Pesquisadora da UNOESC, [andressa\\_zanco@yahoo.com.br](mailto:andressa_zanco@yahoo.com.br)

igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Ademais, esta pesquisa busca mecanismos que objetivem a desigualdade positiva com o fim de proporcionar a igualdade formal/material plenas.

Em um primeiro momento, este estudo procura estabelecer a noção do que se entende por direito à igualdade, destacando a sua relevância, bem como suas acepções formal e material. Em seguida, procura evidenciar de que forma as ações afirmativas, bem como as políticas públicas podem efetivar o direito à igualdade material. Em seguida é demonstrada a desigualdade da mulher no mercado de trabalho, bem como a aplicação de uma política pública para a efetivação de sua liberdade pessoal.

Para a realização da pesquisa, foi utilizada a pesquisa doutrinária, bem como a legislação vigente, além de consulta a algumas convenções internacionais. Ressalta-se, também, que foram utilizadas diversas publicações em anais eletrônicos para o maior enriquecimento do estudo.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL PARA A IGUALDADE MATERIAL**

O direito à igualdade é um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, compreendido como um direito humano fundamental conquistado, desenvolvido e reconhecido com o desenvolvimento e a evolução das sociedades. Nesse sentido, em primeira análise, será demonstrada a sua construção, bem como sua importância para o ser humano e para a conjuntura social.

Silva (2005) retrata que o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão evidenciou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direitos. Nesse contexto, a declaração afirmava a igualdade jurídico-formal de cunho político, visando abolir privilégios e regalias de classes. Entretanto, essa igualdade gerou inúmeras desigualdades econômicas, uma vez que se fundava em uma visão individualista do homem.

Canotilho (2000) complementa com o pensamento sofista, a partir da natureza biológica comum dos homens, afirmando que, por natureza, todos são iguais e pertencentes a um mesmo plano de igualdade,

ou seja, direitos de todos, e não apenas os direitos limitados ao espaço da *pólis*. Entretanto, Canotilho retrata que essa antiga ideia de igualdade não conseguiu ultrapassar o plano filosófico.

Piovesan (2013), nessa perspectiva, destaca que o preâmbulo da Constituição de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Nesse sentido, é possível observar que um dos fundamentos da República brasileira é construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A referida autora ainda retrata que os fundamentos da República servem como contexto basilar para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para assegurar o imperativo da justiça social. É possível observar que dentre esses fundamentos está compreendido o direito à igualdade, preservado em todo o Texto Constitucional.

Moraes (2011) leciona que a Carta Magna de 1988 prevê em seu texto tratamento igualitário a todos os cidadãos, vedando as diferenciações arbitrárias e as discriminações absurdas. Entretanto, o referido autor cita que o próprio Texto Constitucional admite o tratamento desigual na medida em que existe desigualdade, pois este é o verdadeiro fundamento da justiça e da igualdade de condições sociais, uma vez que esta meta deve ser buscada não só por meio de leis, mas, também, por políticas e programas sociais.

Desse modo, o autor traz à baila duas distinções ao princípio da igualdade. A primeira, que diz respeito à edição de leis, atos normativos e medidas provisórias por parte do Legislativo e do Executivo, que impede a abusividade no processo legiferante. E a segunda, que tem relação com a forma de aplicação do direito ao caso concreto e que atinge diretamente o intérprete da norma jurídica, uma vez que este pode estabelecer distinções em razão das condições pessoais do indivíduo.

Silva (2005), nesse sentido, assevera que as constituições reconheceram a igualdade apenas em seu sentido formal: igualdade perante a lei. Assim, a Constituição Federal de 1988 abarca, em seu título de direitos individuais, o princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*).

Nesse viés, o autor ressalta a intenção da Carta Magna de 1988 em buscar a igualização material, mediante a outorga de direitos sociais substanciais, declarando no inc. I do art. 5º que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Além disso, no art. 7º, XXX e XXXI, o referido Texto Constitucional apresenta de forma concreta a igualdade material, vedando a desigualdade de salários e do exercício de funções em razão de sexo, idade, cor, estado civil ou qualquer outra diferenciação.

Sarlet (2015) sustenta que a noção intrínseca de direitos humanos fundamentais “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. Por meio dessa perspectiva, o autor sustenta que o sentido da formalidade está ligado ao constitucionalismo positivo na qualidade de normas constitucionais.

Por conseguinte, o autor revela que o contexto material decorre da circunstância de os direitos fundamentais serem integrantes da Constituição material, não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, ou seja, é por meio da noção material que se permite aplicar outros direitos fundamentais não constantes no texto da Constituição, mas integrantes da noção formal, para que se possa alcançar a igualdade formal.

Silva (2012) contribui diferenciando as igualdades formal e material. Segundo o autor, a igualdade formal se refere ao Estado na condição de natureza formal, no sentido de o tratamento perante a lei ser igual para todos, sem aferições quanto às qualidades e/ou aos atributos pessoais dos destinatários da norma. Ainda, o autor complementa afirmando que a liberdade formal constitui uma perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado na lei igual para todos e, assim, todos são iguais perante a lei, o que garante a efetividade dos direitos fundamentais dessa modalidade de Estado.

O mesmo autor ainda aduz que por algum tempo a igualdade perante a lei foi identificada como mera garantia da liberdade, de modo

que a simples inclusão desse direito no rol de direitos fundamentais era tida como suficiente para tê-lo assegurado. Entretanto, a ideia de igualdade formal não era suficiente para garantir sua efetividade, e, desse modo, percebeu-se a necessidade de criação de instrumentos para promover a igualdade social e jurídica, uma vez que a simples igualdade de direitos se mostrou insuficiente perante os desfavorecidos socialmente.

Assim sendo, para efetivar o princípio da igualdade, tornou-se necessário considerar as condições fáticas e econômicas da sociedade, uma vez que a proibição à discriminação não era garantia de igualdade. E é neste contexto que surgiu a liberdade material ou substancial, ou seja, passou-se a considerar as desigualdades concretas da sociedade, de modo que se passou a tratar de forma desigual os desiguais na medida de sua desigualdade.

Moraes (2011) complementa o assunto retratando que a desigualdade na lei se verifica quando a norma distingue de forma arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Entretanto, para que as diferenças não sejam consideradas discriminatórias, é necessária uma justificativa objetiva e razoável, que esteja de acordo com os critérios valorativos para a finalidade desejada, devendo sempre estar presentes a razoabilidade e a proporcionalidade, sempre em conformidade com os direitos e as garantias constitucionalmente estabelecidos.

Bobbio (1997) complementa, apresentando a igualdade de oportunidade como a equivalência de condições entre indivíduos que não estão assemelhados socialmente, no qual o “ponto de partida” se dá a partir de sua existência. Trata-se, nesse ponto de vista, de um princípio idêntico ao da igualdade.

Com esse pensamento, Bobbio, tinha o objetivo de proporcionar a todos os integrantes da sociedade a possibilidade de emergir a partir de um ponto comum, considerando, assim, que a desigualdade poderia ser o instrumento mais apropriado para a busca da igualdade, mantendo um tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade material, almejando, dessa forma, a igualdade formal.

Canotilho (2000) complementa afirmando que a igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade, contudo ser igual perante a lei não significa

apenas a aplicação igual da lei, ou seja, para todos os indivíduos com as mesmas características se deve prever, por meio da legislação, idênticos resultados jurídicos.

O referido autor ainda menciona que, além da igualdade formal, se exige uma igualdade material por meio da lei, devendo-se tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual, para que, dessa forma, a igualdade justa possa ser efetivada na sociedade.

Após esta breve análise sobre o direito à igualdade, suas acepções, bem como sua evolução e importância, passa-se a realizar um estudo sobre as políticas públicas e ações afirmativas como mecanismo de efetividade do direito material à igualdade.

### **3 POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DO DIREITO MATERIAL À IGUALDADE**

404

Ante o exposto, é possível observar que, embora o direito à igualdade seja protegido pelo ordenamento jurídico, este deve ser interpretado e aplicado com equidade, de forma a proteger e equiparar as desigualdades sociais. Para tanto, torna-se necessária a criação de mecanismos capazes de efetivar o direito material à igualdade, visto que ele não pode ser interpretado apenas de maneira formal.

Cardoso (2006) define as ações afirmativas como um conjunto de medidas que se destinam a corrigir uma forma específica de desigualdade, visando solucionar certas injustiças sociais. O autor aduz, ainda, que as ações afirmativas visam à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização da discriminação racial, de gênero, de idade ou qualquer outra diferenciação.

Assim, o autor admite dois interesses na criação de ações afirmativas: o primeiro diz respeito à promoção de maior igualdade de oportunidades e à busca da minimização das desigualdades; e o segundo, que diz respeito à conscientização do meio social para que as discriminações de gênero deixem de existir.

Lima (2016) determina que as ações afirmativas são formas

de políticas públicas que têm o objetivo de transcender as ações do Estado na promoção do bem-estar e cidadania como fundamento de garantia da igualdade de oportunidades e de tratamento. Esta acepção no ordenamento jurídico brasileiro encontra seu fundamento no princípio da igualdade material.

Piovesan (2016) afirma que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar a igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental, na acepção do art. 5º, I, do referido Texto. Além disso, mais adiante, no art. 226, §5º, da Carta Magna, seu texto estabelece direitos e deveres no âmbito conjugal, reafirmando mais uma vez o princípio da igualdade.

Vale ressaltar que a igualdade de gêneros foi mais uma vez reafirmada em 1984, quando o Brasil adotou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher.<sup>3</sup>

Mello (2004) esclarece que para acontecer a efetiva discriminação é necessário aferir se há fundamento lógico para efetivar o tratamento jurídico desigual entre gêneros, ou seja, se existe uma correlação lógica concreta de interesses superiores no direito positivo constitucional.

Oliveira (2012) assevera que o fundamento para a criação das ações afirmativas está previsto no art. 3º da Constituição Federal, quando em seu texto preceitua o bem geral. Ainda, o referido autor assevera que o constituinte cuidou de proteger grupos que merecem tratamento diferenciado, tendo em vista a marginalização histórica e social, bem como a situação de hipossuficiência.

Piovesan (2016) ressalta que, no que se refere à igualdade entre gêneros e ao combate à discriminação contra a mulher, a Constituição brasileira está em conformidade com os parâmetros protetivos internacionais, refletindo as vertentes repressiva-punitiva, bem como a promocional, que diz respeito à promoção de políticas públicas para a busca da igualdade.

Nesse ínterim, há destacar o art. 7º, XX, da Carta Magna, que preceitua a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante

---

<sup>3</sup> Vide site <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>, acesso em 25 de junho de 2016.

incentivos específicos, nos termos da lei. Significa dizer que a Constituição Federal autoriza, e mais do que isso, incentiva a criação de políticas públicas e ações afirmativas para a valorização da mulher no mercado de trabalho.

Rothenburg (2008) afirma que há duas dimensões do princípio da igualdade, uma positiva e outra negativa. A negativa exprime-se por meio da proibição da discriminação indevida (que encerra um sentimento ruim). No entanto, a positiva caracteriza-se por meio de uma discriminação devida, melhor dizendo, “discriminação positiva”, também entendida como uma ação afirmativa.

Assim, o autor assevera que a igualdade não é não discriminar, mas discriminar em busca de uma maior igualização. Entretanto, cabe ao Direito não apenas defender a igualdade, mas promovê-la com distinções.

Nesse viés, é que a Constituição Federal, no Ato das Disposições Transitórias no seu art. 10, II, alínea “b”, assegura a garantia de emprego contra a despedida arbitrária da empregada gestante, asseverando, dessa forma, as ações afirmativas como forma de igualdade.

Todavia, a Carta Magna ainda traz no seu art. 7º, XVIII, o direito à licença-maternidade no prazo de 120 dias. Já, no inc. XXXI proibiu a discriminação de salários, além de outras diversas distinções, também encontradas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), buscando, dessa forma, a igualdade material.

Rothenburg (2008) leciona que a igualdade material é uma concretização maior, um aperfeiçoamento em relação à igualdade formal, não sendo outro o objetivo. Sendo assim, sob o ponto de vista jurídico, a igualdade material é um avanço no sentido de superar todas as desigualdades injustas.

Dessa forma, o aludido autor assevera que a discriminação negativa assim como a positiva podem ser obtidas mediante mecanismos jurídicos, de repressão (no caso da discriminação negativa) por meio de sanções, bem como de estímulo (no caso da discriminação positiva). Assim, apresenta-se a função promocional do Direito pela criação de ações afirmativas e políticas públicas.

Observado o exposto, é possível constatar que o direito à

igualdade pode ser efetivado por ações afirmativas, bem como por aplicação de políticas públicas. Nesse sentido, após esta análise se passa a realizar um estudo mais detido na desigualdade da mulher no mercado de trabalho.

## **4 A DESIGUALDADE DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**

Observa-se que, apesar da aplicação de algumas ações afirmativas, a mulher ainda é discriminada em seu ambiente de trabalho. Assim, é necessário fazer uma breve análise sobre essa discriminação ainda presente na sociedade atual.

Piovesan e Pimentel (2002), em estudo do Relatório Nacional Brasileiro, nos termos do art. 18 da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, trazem os seguintes dados:

No plano fático, contudo, verifica-se a tendência da feminização da pobreza e a persistência da discriminação contra as mulheres, por exemplo, na esfera do trabalho. Os homens recebem em média um salário 42% superior ao das mulheres. Há uma forte segmentação ocupacional no mercado de trabalho, na medida em que os homens concentram-se nos postos de trabalho dos setores melhor remunerados – as ocupações dos setores industriais e produtivos – enquanto as mulheres desempenham as atividades relacionadas aos serviços pessoais e sociais, associadas aos menores salários. A realidade das mulheres não-brancas, em especial as afro-descendentes, é ainda mais dramática. De acordo com dados mencionados no Relatório apresentado pelo Brasil ao Comitê CEDAW, “os rendimentos das mulheres não brancas chegam a ser 70% inferiores aos rendimentos dos homens brancos e 53% inferiores aos rendimentos das mulheres brancas. São também 40% inferiores aos rendimentos dos homens não-brancos.” (PIOVESAN; PIMENTEL, 2002, p. 103.).

Ainda, o referido relatório, relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001, retrata que há uma enorme distância entre as declarações formais de direito e a efetiva prática deles. Segundo o relatório, a igualdade perante a legislação não tem sido suficiente para concretizar a equidade desejada.

A desigualdade, por sua vez, verifica-se nos dados socioeconômicos da sociedade brasileira. Porém, quando esses dados são por meio dos indicadores de etnia e gênero, essas desigualdades são ampliadas de modo significativo, principalmente nos grupos historicamente excluídos, como exemplos as mulheres negras e indígenas.

O referido relatório ainda assevera:

Desde 1995, quando se realizou a Conferência Mundial sobre Mulher em Pequim, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) vem apresentando o Índice de Desenvolvimento de Gênero (IDG), medindo as desigualdades entre homens e mulheres nos países. Os indicadores sociais de cada país são, desse modo, recalculados para incluir o IDG. Como resultado da incorporação das diferenças de gênero aos indicadores sociais, verifica-se o seguinte:

- nenhuma sociedade trata tão bem suas mulheres como trata seus homens (RDH 1996 e 1997);
- a comparação da classificação do IDH dos países com seus níveis de renda confirma o fato de que a eliminação das desigualdades entre os sexos não é dependente de um nível de rendimento elevado (RDH 1996, 1997 e 1999);
- a igualdade entre os sexos não está necessariamente associada a elevado crescimento econômico, o que sugere a existência de outros fatores decisivos na elevação do IDH; e
- a desigualdade de gênero está fortemente relacionada à pobreza humana (RDH, 1997). (CEDAW. p. 8-9)

Diante dessas considerações, é inegável a prática discriminatória da mulher no mercado de trabalho. Os dados apresentam a concretude da desigualdade feminina, além de novamente mencionar a necessidade da efetivação da igualdade material, uma vez que a igualdade formal se mostra insuficiente.

Entretanto, é necessário verificar de forma incisiva a desigualdade da mulher gestante no que diz respeito à sua contratação e permanência no emprego, visto que é prejudicada pela sua situação.

Faz-se necessário mencionar os dispositivos legais que garantem a efetividade de sua condição diferenciada. O art. 7º, XVIII, da CF preceitua que toda a gestante tem direito à licença-maternidade, também presente na CLT. O art. 201 do referido Texto Constitucional garante a

proteção da maternidade, especialmente à gestante, no que diz respeito à Previdência Social.

O art. 10, II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias garante à empregada gestante o direito à garantia de emprego contra a despedida arbitrária de até cinco meses após o parto, reafirmada pelo art. 391-A da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Ademais, ciente da grande importância desse direito, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula nº 244 com a seguinte redação:

**GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Dessa forma, é possível observar que, com tais direitos assegurados à mulher, o empregador passou a ter maiores encargos trabalhistas, o que, de certa forma, dificulta muito a contratação de mulheres grávidas no mercado de trabalho.

Foi no mesmo contexto que a Sessão de Dissídios Coletivos do TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 30, trazendo em seu texto o direito da gestante como um direito indisponível, na seguinte redação:

**30. ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. (república em decorrência de erro material) - DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011**

Nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou

do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Mais uma vez observa-se a proteção do direito da empregada gestante. Entretanto, conforme o citado anteriormente, devido ao aumento de encargos trabalhistas, isso dificulta a contratação de mulheres, aumentando de forma significativa a desigualdade de gêneros, uma vez que se tem preferência por trabalhadores do sexo masculino, já que estes não apresentam essa condição diferenciada.

Silva (2016) aduz que, diante da realidade do mercado de trabalho, as maiores distinções entre homens e mulheres dizem respeito exatamente àquilo que os tornam diferentes: fisiologia e maternidade. Assim, a manutenção dessas normas são extremamente necessárias, uma vez que sua supressão consistiria em um retrocesso social, dificultando ainda mais as oportunidades de trabalho para as mulheres.

Logo, é necessária a aplicação de medidas que visem à abolição de tais desigualdades, tendo em vista que a mulher gestante não pode ter seus direitos suprimidos, bem como não pode ter negado seu acesso ao mercado de trabalho, restringido pela condição especial.

## **5 A APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROTEÇÃO DA MULHER COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DE SUA LIBERDADE PESSOAL**

Observado o exposto, verifica-se que se faz necessária a aplicação de ações afirmativas para a proteção da mulher como ferramenta de efetividade e de proteção da sua liberdade no mercado de trabalho.

Dessa forma, Boucinhas Filho (2008) acrescenta que as ações afirmativas podem partir de iniciativas estatais e privadas, sempre objetivando a efetivação da igualdade de oportunidade e a indução de transformações nos âmbitos cultural, pedagógico e psicológico, subtraindo, dessa forma, do imaginário coletivo a ideia de supremacia e subordinação entre gêneros.

Barros (2011) preceitua que, em relação às mulheres, a discriminação no trabalho tem como resultado a menor ocupação de cargos, menores salários e menores chances de promoção. Assim, estereotipa-se a ideia de que a mulher deve ter sua disponibilidade voltada para o lar, desestimulando a busca pela mudança por meio da educação e de melhores posições profissionais.

Nesse viés, Gomes (2008) afirma que o Estado, na condição de promotor de regras, tem o dever de promover a atuação da igualdade no âmbito trabalhista. O referido autor afirma, ainda, que o Estado deve operacionalizar suas ações, saindo da neutralidade e assumindo funções ativas na sociedade, atuando efetivamente frente às desigualdades sociais.

Gomes (2008) entende que uma das alternativas para a busca da igualdade são ações que apliquem tratamento diferenciado aos grupos desfavorecidos. Complementa:

O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade. (GOMES, 2008, p. 96)

Nesse mesmo contexto, Boucinhas Filho (2008) leciona que o elemento propulsor de tais transformações seria o caráter de exemplaridade, com o qual se revestem certas ações afirmativas, com o objetivo conciso de eliminar efeitos psicológicos, culturais e comportamentais advindos da discriminação do passado.

O autor ainda complementa que a implantação de uma certa “diversidade” e de uma “representatividade” pelos grupos minoritários nas mais diversas áreas, bem como a criação de personalidades emblemáticas, atuaria como forte mecanismo de estímulo à educação e ao aprimoramento dos grupos minoritários, e aqui compreendida a desigualdade de gêneros.

Ademais, assevera Nascimento (2011) que não há necessidade de lei que fundamente as ações afirmativas, uma vez que essas podem estar previstas em um programa de governo ou mesmo por uma ação social. Todavia, quando não previstas em uma norma legal cominatória, tais ações carecem de exigibilidade jurídica, o que não impede a criação ou ampliação de uma cultura de solidariedade e de responsabilidade para com a sociedade.

Nascimento (2011) ainda traz como possibilidade de alavancar a efetividade das ações afirmativas o desenvolvimento de ações afirmativas internas por parte das empresas, com o intuito de combater a discriminação nas suas diversas formas, asseverando que outros meios de coibir a prática discriminatória também podem ser utilizados.

Nessa perspectiva, Coutinho (2006) preceitua que políticas públicas são adotadas por um período de tempo finito, uma vez que o objetivo principal é durar enquanto perdurar a desigualdade a fim de proporcionar a igualdade material.

Dessa feita, as ações afirmativas são instrumentos da igualdade material que têm como prática a alteração de uma situação fática e crônica de desigualdade e se efetiva por meio da concessão de prerrogativas mais benéficas para determinados grupos mais discriminados.

Ademais, assevera Coutinho (2006) que, no caso das mulheres, a discriminação que sofreram historicamente, em especial nas relações trabalhistas, justificam o desenvolvimento, bem como implementação de ações afirmativas, para proporcionar a elas oportunidades que lhes foram negadas tradicionalmente.

Barros (2011) complementa afirmando que as ações afirmativas, adotadas no mercado de trabalho das mulheres, são medidas que visam proporcionar um tratamento especial, mais benéfico e diferenciado, para que elas sejam capazes de alcançar um grau de isonomia em relação aos empregados do sexo masculino. Sendo assim, estariam sendo corrigidas desigualdades, desequilíbrios e injustiças sociais.

A “Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas

as formas de discriminação contra a mulher”<sup>4</sup>, a qual foi ratificada na íntegra pelo Brasil em 1994, é um exemplo da eficácia de ações afirmativas para a busca da igualdade material, uma vez que, além de estabelecer proibições às discriminações contra as mulheres, promoveu a igualdade de gêneros no trabalho.

A referida Convenção estabelece que os Estados-membros devem agir efetivamente na proibição de dispensa de mulheres em razão de gravidez, casamento, maternidade e suas decorrências. Além disso, os Estados devem promover a implementação de serviços capazes de permitir que a trabalhadora exerça a maternidade de forma saudável e compatível com as funções laborais. A Convenção estabelece que, após alcançados os objetivos de equidade, as ações devem ser suspensas.

Vale ressaltar que o Brasil também ratificou a Convenção nº 111 da OIT<sup>5</sup>, por meio do Decreto n. 62.150/68<sup>6</sup>, o qual também tem como escopo a proteção do mercado de trabalho da mulher, bem como a promoção de sua igualdade frente às relações trabalhistas.

Coutinho (2006) ainda cita como ação afirmativa o Programa Nacional de Ações Afirmativas (PNAA), que prevê, no âmbito da Administração Pública Federal, a observância de percentuais para preenchimento de cargos em comissão, direção e assessoramento.

A referida autora assevera, ainda, que:

O Programa contempla critérios adicionais de pontuação, estabelecidos no processo de licitação, a serem utilizados para beneficiar fornecedores que comprovem compartilhar com a política de não discriminação. Esses critérios também serão aplicados às empresas prestadoras de serviços que, ao contratarem com a Administração Pública, incluam metas percentuais de participação de negros, mulheres e pessoas portadoras de deficiência, em seus quadros funcionais. (Dec. 4.228/02) (COUTINHO, 2006, p. 17-18)

---

<sup>4</sup> Vide site <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>, acesso em 29 de junho de 2016.

<sup>5</sup> Vide site <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>, acesso em 29 de junho 2016.

<sup>6</sup> Vide site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D62150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm), acesso em 29 de junho de 2016.

Barros (2011) acrescenta, ainda, que outra medida eficaz para garantir a igualdade de gêneros, no que diz respeito à maternidade, seria a implementação de creches e berçários, especialmente no período em que a mulher retorna ao mercado de trabalho. A referida autora também traz como possibilidade a diferenciação da jornada de trabalho, condizente com o ambiente doméstico.

Contudo, Gomes (2008) assevera que, apesar da implementação de diversas políticas públicas, deve haver a conscientização social, bem como a das lideranças políticas, para a real efetivação da igualdade material. Canotilho (2000), nesse sentido, assevera que a igualdade jurídica surge, dessa forma, como indissociável da liberdade individual.

## 6 CONCLUSÕES

O direito à igualdade foi conquistado no decorrer dos anos com a evolução das sociedades. Entretanto, durante muito tempo o direito à igualdade foi interpretado apenas na sua dimensão formal, o que se mostrou inviável, haja vista o reconhecimento e aplicação dos direitos humanos fundamentais.

Sendo assim, reconhece-se que o direito à igualdade deve ser efetivado de forma material pela implementação de ações afirmativas e políticas públicas, visando à desigualdade positiva, ou seja, o tratamento desigual na medida da desigualdade, principalmente no que diz respeito à desigualdade positiva de gêneros.

Há observar que a mulher sofre inúmeras desigualdades no mercado de trabalho pelo fato de ser historicamente discriminada. Entretanto, embora existam diversos mecanismos com o fim de buscar a igualdade de gêneros, ela se apresenta de maneira apenas formal.

Todavia, cabe ressaltar que a Constituição de 1988 buscou efetivar a igualdade de maneiras formal e material, porém, na prática a Constituição também protege o mercado de trabalho da mulher de forma material, mediante incentivos específicos, ou seja, por ações afirmativas, capazes de afirmar o que está previsto no Texto Constitucional quanto à igualdade formal e, principalmente, quanto à igualdade material.

Entretanto, torna-se necessária a aplicação de ações afirmativas para a efetivação do direito à igualdade na sua dimensão material no mercado de trabalho da mulher, uma vez que ela foi discriminada historicamente e que suas oportunidades nas relações trabalhistas ainda não apresentam equidade com as do sexo masculino.

Conclui-se, assim, que o mercado de trabalho da mulher deve ser preservado de qualquer ato lesivo à sua saúde e ao seu desenvolvimento no meio ambiente laboral, além de reconhecer incentivos específicos em busca da igualdade formal/material, ao passo que seja possível construir uma sociedade mais justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Discriminação por sobrequalificação**. São Paulo: LTr, 2008.
- BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Orientação Jurisprudencial da SDC n. 30**. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/home?p\\_p\\_id=15&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_15\\_struts\\_action=%2Fjournal%2Fview\\_article&\\_15\\_groupId=10157&\\_15\\_articleId=63246&\\_15\\_version=1.1](http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=63246&_15_version=1.1)>. Acesso em: 26 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Súmula TST n. 244**. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244). Acesso em: 26 de jun. 2016.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARDOSO, R. E. R. **Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2787/Abordagem-constitucional-acerca-do-principio-da-igualdade-e-das-acoes-afirmativas-no-ensino-superior>>. Acesso em: 25 jun. 2016.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades**. Brasília: OIT, 2006.

GOMES, J. B. B. **As ações afirmativas e o processo de implementação da igualdade efetiva.** In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: As minorias e o direito. Cadernos de CEJ n. 24, Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <<http://daeth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

LIMA, V. B. O. **Ações afirmativas como instrumentos de efetivação do princípio da igualdade e do princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/acoesafirmativascomoinstrumentos.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/acoesafirmativascomoinstrumentos.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2016.

MELLO, C. A. B. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.** 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 111: Discriminação em matéria de emprego e Ocupação.** In: Organização Internacional do Trabalho: promovendo o trabalho decente - escritório no Brasil. 15 de junho de 1960. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

OLIVEIRA, G. C. **As ações afirmativas como efetivação do princípio da igualdade.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/a%C3%A7%C3%B5es-afirmativas-como-efetiva%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-da-igualdade>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

PIOVESAN, F.; PIMENTEL, S. (Coords.). **Relatório Nacional Brasileiro relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001 nos termos do art. 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.** Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PIOVESAN, F. **Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil/view>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

ROTHENBURG, W. C. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia.** Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/>

view/1441/1144>. Acesso em: 25 jun. 2016.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, I. M. S. **Princípio da Igualdade e o trabalho da mulher**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6731](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6731)>. Acesso em: 26 jun. 2016.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, N. T. **Da igualdade formal a igualdade material**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12556](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556)>. Acesso em: 4 jun. 2016.



# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRENTE DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL



*Rodrigo Goldschmidt<sup>1</sup>*  
*Lilian Simone Andreola<sup>2</sup>*

**Resumo:** O assédio moral praticado no ambiente de trabalho consiste em uma prática perversa, caracterizado por ataques contínuos e reiterados de um ou vários agressores, cujo intuito é o de humilhar sua vítima. As causas podem variar, bem como o direcionamento dos ataques, que podem advir tanto do empregador quanto de seus colaboradores. Apesar das hipóteses distintas de sua procedência, a prática de assédio moral, por afetar a dignidade da pessoa humana, enseja a condenação do empregador pelos danos causados à vítima. A responsabilidade civil do empregador em caso de assédio moral praticado no meio ambiente do trabalho pode ser objetiva, ou sucessivamente, subjetiva, tendo em vista a teoria do risco da atividade e a responsabilidade civil por ato de terceiro. Em razão de não haver legislação específica tratando do tema, a responsabilidade civil do empregador está amparada pela Constituição, art. 7, inciso XXVIII, e, também, pelo Código Civil, nos seus arts. 186 e 927, que tratam, respectivamente, das responsabilidades civil subjetiva e objetiva.

419

**Palavras-Chave:** Assédio moral. Dignidade da pessoa humana. Responsabilidade civil. Empregador.

## 1 INTRODUÇÃO

Situações vexatórias, humilhantes e psicologicamente

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS, Doutor em Direito pela UFSC, Professor e pesquisador do Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC (em andamento), Juiz do Trabalho Titular de Vara do TRT12, rmgold@desbrava.com.br, rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br.

<sup>2</sup> Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Advogada atuante na área trabalhista.

destruidoras no ambiente laboral são práticas bastante antigas, entretanto há apenas algumas décadas o fenômeno foi definido como *assédio moral*, tendo, a partir de então, recebido maior atenção e relevância, principalmente nas searas acadêmicas da Psicologia e do Direito. Imperioso mencionar que, quando se faz alusão ao assunto como sendo um tema novo, está-se referindo à novidade quanto à realização de pesquisas científicas, e não quanto à prática de assédio moral, que sempre ocorreu nas relações de trabalho, mesmo quando essas ainda não eram assim denominadas.

Os estudos pioneiros foram da psiquiatra francesa Marie France Hirigoyen, os quais resultaram, na década de 90, na publicação da obra “Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano”. A partir de então, o assunto passou a ter uma terminologia, ganhou destaque mundial e despertou o interesse de pesquisadores de outras áreas além da Psicologia, tornando-se objeto de estudos em diversos campos do conhecimento, principalmente aqueles vinculados à área de humana.

420

O assédio moral é uma prática corriqueira no ambiente profissional, e os agentes causadores de danos contra a dignidade humana do trabalhador precisam ser responsabilizados.

Dessarte, o desenvolvimento deste estudo foi edificado com o intuito de expor gradativamente o leitor interessado no tema ao cenário do assédio moral no ambiente de trabalho, partindo-se das causas que levam à sua ocorrência, a definição de assédio moral, os elementos que o caracterizam, a quem e de quem se originam os ataques, suas principais consequências tanto para a vítima quanto para o empregador, perpassando pela dignidade da pessoa humana no meio ambiente do trabalho, até adentrarmos no campo da responsabilidade civil do empregador em face da ocorrência dessa prática, capaz de causar malefícios de ordem moral, psicológica, econômica, profissional, social, e até mesmo física, a quem dela se torna alvo.

## 2 ASSÉDIO MORAL

### 2.1 Causas determinantes da ocorrência do assédio moral

No decurso da evolução da humanidade, o contexto laboral assume diferentes roupagens, tendo sido a Revolução Industrial o marco principal de modificações para o que se conhece nos dias atuais. No período que precedeu a invenção das máquinas, três momentos importantes caracterizaram a história do trabalho, quais sejam, a escravidão, a servidão e as corporações de ofício. Em síntese, antes da Revolução Industrial, as economias eram basicamente artesanais e agrícolas, e as atividades eram desenvolvidas mediante exploração da mão de obra, inexistindo qualquer forma de direitos trabalhistas. O assédio moral àquela época, ainda sem essa denominação, acontecia com características diferentes das que assume no meio ambiente de trabalho atual, mormente pelos meios utilizados para atingir a vítima (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2012).

Com o advento da Revolução Industrial, no século XIX, a sociedade divide-se em classes, e o trabalho passa a representar a separação entre ascensão ou declínio social. Naquela época, as condições de trabalho eram degradantes e insalubres, com jornadas extensas e exploração de mão de obra de mulheres e crianças, visto que representavam menores salários e, conseqüentemente, maiores lucros para os empregadores. Com a migração em massa para as cidades e a possibilidade de desemprego, característica que perdura até os dias atuais, os trabalhadores se sujeitavam a quaisquer circunstâncias oferecidas com o propósito de garantir seus empregos. Surgia, assim, o contexto ideal para a prática de assédio moral. Nessa lógica, reproduz-se o entendimento de Paroski (2009, p. 38):

O desemprego passou a ser, perdurando até os dias atuais, um elemento fundamental na manutenção e divulgação da ideologia do capitalismo, garantindo a própria sobrevivência do seu modo de produção, hoje globalizado, formando um 'exército de reserva', sempre 'disposto' a se curvar para ficar no emprego. Destarte, essa realidade [...], muitas vezes sem limites éticos, pelo excesso de oferta de mão-de-obra e pela redução dos postos de trabalho, constitui um cenário perfeito para a disseminação do assédio moral.

Nesse contexto, a manutenção da empregabilidade passa a ser de responsabilidade de cada indivíduo, o que corrobora para o surgimento de um dos fatores mais predominantes no contexto laboral moderno: a competitividade. No intuito de demonstrar suas habilidades, sua produtividade e ultrapassar as metas fixadas para garantir seu emprego, já que não basta os alcançar, o trabalhador moderno extrapola sua própria condição humana e, se necessário para o seu crescimento profissional, despreza seu semelhante (GARCIA, 2011, p. 29).

Outro aspecto sobressalente nesse cenário socioeconômico, permeado pelo capitalismo acirrado, e que fomenta a ocorrência do assédio moral, é a ideologia individualista que se instala entre os trabalhadores, estimulando a redução das relações afetivas e sociais no local de trabalho, e, por consequência, ocasionando atritos no ambiente laboral.

As abordagens contra uma vítima podem iniciar-se por incontáveis razões, destacando-se dentre elas a não aceitação das habilidades que posicionam alguém de forma mais destacada na organização, o medo de perder ou deixar de conquistar uma posição hierarquicamente superior, uma antipatia imotivada, ou ainda, o abuso de poder (FREITAS, 2011). Complementa Hirigoyen (1998, *apud* FREITAS, 2011), ao afirmar que “[...] a violência e o assédio nascem do encontro da inveja do poder do outro e da perversidade”.

Diante dessa realidade, caracterizada pela competitividade, produtividade a todo custo e individualidade, e que apresenta uma inversão de valores, em que aspectos como o bom senso, a ética e a qualidade de vida são colocados de lado em prol de ascensão e visibilidade profissional, o meio ambiente de trabalho se torna um ambiente favorável ao assédio moral e a todas as consequências que dele podem advir, como destruição do emprego, da convivência social e familiar, e até mesmo da própria vida.

Para o operador de direito, entretanto, o fator causador não tem relevância. Basta que esteja configurado o assédio moral, sob qualquer pretexto, para que se possa aplicar a legislação pertinente.

## 2.2 Definição de assédio moral

Inúmeros autores e estudiosos que se interessam pelo tema têm apresentado definições diversas. No entendimento de Hádassa (2004, p. 37), o assédio moral é uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Carroll (1976, p. 31) complementa que “o assédio consiste em ataques repetidos e voluntários de uma pessoa em relação à outra, com intuito de atormentá-la, miná-la, provocá-la a ponto de ter a sua saúde afetada”.

No mesmo viés, a pesquisadora e professora da Unicamp Margarida Barreto (2000) conceitua o assédio moral do trabalho como:

A exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-a a desistir do emprego.

A magistrada Márcia Novais Guedes (2003, p. 33), por sua vez, apresenta um posicionamento diferenciado e ensina que há uma distinção de gênero no que tange à manifestação do assédio moral, fato esse que decorre de componentes culturais e que pode ser explicado pela Sociologia. Esclarece que, em relação às mulheres, o assédio moral “pode ocorrer em forma de intimidação, submissão, piadas grosseiras, comentários acerca de sua aparência física ou do vestuário”. Em relação aos homens, entretanto, afirma que “é comum o seu isolamento e comentários maldosos sobre sua virilidade e capacidade de trabalho e de manter a família”.

Hirigoyen (2001, p. 17), pioneira nos estudos sobre assédio moral, conforme já mencionado, conceitua essa espécie de medida de

constrangimento no ambiente de trabalho como

[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando o seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Independentemente do termo ou definição utilizada, é perceptível que o assédio moral conduz a uma ofensa à sadia qualidade de vida no ambiente de trabalho, uma vez que o trabalhador é submetido a práticas degradantes que representam violação à sua dignidade moral e psíquica. Nesse ínterim, passa-se à análise dos elementos que caracterizam o assédio moral.

### 2.3 Elementos caracterizadores do assédio moral

Para que reste caracterizado o assédio moral, é imprescindível que um conjunto de elementos esteja presente, não se configurando a prática assim definida quando ocorrer em situações esporádicas ou isoladas. Nesse viés, Grebot (2007, p.21) sustenta que

o diagnóstico do assédio recai sobre critérios de repetição, frequência, duração e intencionalidade de práticas hostis. Desta forma, práticas hostis pontuais não levam necessariamente ao assédio, como por exemplo, um estado de cólera excepcional. Paroski (2009, p. 43)

Complementa ao afirmar que “trata-se de um processo e não de um ato isolado. O assédio moral requer que as ofensas perpetradas sejam repetidas e feitas de forma duradoura”.

O TRT da 12ª Região vem, igualmente, seguindo essa direção, conforme se depreende de recente julgado em Recurso Ordinário da 2ª Turma da Egrégia Corte:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. A configuração do assédio moral pressupõe, entre as hipóteses, a comprovada exposição prolongada e repetitiva do trabalhador a situações vexatórias e humilhantes, atentando contra o sentimento de honra e dignidade elementar da pessoa humana. Não demonstrado que o autor tivesse passado por situações constrangedoras a ponto de atingi-la moralmente, não se sustenta o pedido de indenização por danos morais.

Assim, entre os critérios que devem estar presentes para que o

assédio moral se estabeleça estão a repetição, a frequência e a duração, sendo o primeiro deles autoexplicativo. Quanto ao segundo aspecto, estudos de Leymann (1996) demonstram que a prática de assédio moral deve ocorrer com uma frequência de, no mínimo, uma vez por semana. Há consenso internacional de que, em não havendo esta frequência média, não se pode considerar a ocorrência como sendo assédio moral, mas alguma outra prática similar (COMBALBERT; RIQUELME-SÉNÉGOU, 2006, p. 77 e 78).

Leymann (1996) apresenta ainda ensinamentos em relação à duração dos ‘ataques’ que devem estar ocorrendo por um período não inferior a seis meses, salvo em situações extremas de violência psicológica. Esse prazo sugere permitir que um quadro de sofrimento e mal-estar psicológico se instale para que o assédio moral esteja configurado.

Além dos já mencionados, há outros aspectos que também caracterizam o assédio moral, como a intencionalidade, sobre a qual há controvérsia entre os estudiosos, prevalecendo, entretanto, o pensamento da corrente majoritária e da jurisprudência, que reforçam a necessidade de haver intenção na conduta do assediador, de desestabilizar emocionalmente a vítima, para que se possa falar em assédio moral.

## **2.4 Direcionamento do assédio moral: origem e destino**

No que tange ao direcionamento, a prática de assédio moral deve ser analisada sob duas perspectivas distintas: uma em relação a quem se destina, e outra, de quem se origina a atitude. Freitas (2008, p. 32) aduz que “o assédio moral pode ocorrer em diferentes direções, ou seja, de chefes a subordinados, de subordinados a chefes e entre pares”.

### **2.4.1 Quanto ao agente do qual se origina**

Quanto ao agente do qual se origina, Lazzari e Sartori (2009, p. 288-291) ensinam que o assédio moral se classifica em *vertical* (descendente e ascendente), *horizontal* ou *misto*. Verifica-se o assédio moral vertical, quando praticado por indivíduos que se encontram em uma relação jurídica de superioridade e subordinação, sendo descendente quando praticado por quem ocupa cargo hierarquicamente superior contra seu subordinado, e ascendente quando ocorre em sentido contrário, ou seja, quem age é o subordinado, com o intuito de sabotar

a chefia do seu superior.

Quando praticado por pares, o assédio moral será horizontal. Nessa modalidade, assediador e assediado não estão conectados por uma relação de subordinação, mas se encontram no mesmo nível hierárquico.

O assédio moral misto, por sua vez, ocorre quando o empregado assediado é atingido, concomitantemente, por seus pares e pelo superior, verificando-se, desse modo, a presença de três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima.

Independentemente de onde se origine, a conduta reiterada de expressar palavras, gestos e comportamentos com a intenção de ferir e humilhar o outro, é capaz de provocar destruição psicológica e causar ofensa à personalidade, à dignidade humana e à integridade mental ou mesmo física do trabalhador assediado. Hirigoyen (2002, p. 52) confirma o exposto:

Em todos os casos de assédio moral encontraremos histórias de sofrimento, relações hierárquicas assimétricas, falta de transparência e de diálogo, uso abusivo do poder, ameaças recorrentes e sistemáticas, discriminações e intolerância que põem em risco as condições de segurança, a saúde e o emprego.

426

#### 2.4.2 Quanto ao agente ao qual se destina

Quanto a quem se destina, o assédio moral será individual se a conduta se dirigir contra uma única vítima e, coletivo se contra um grupo de trabalhadores. Em ambos os casos, poderá originar-se de um superior hierárquico, um subordinado, um par, ou até mesmo, de um grupo de trabalhadores, reiterando-se nesse último caso, que normalmente iniciado por um único agente, o qual vai ganhando aliados em virtude de seu poder de persuasão e convencimento ou da posição de liderança ocupada naquele grupo.

### 2.5 Condutas que configuram o assédio moral

Há uma extensa lista de práticas que podem caracterizar o assédio moral no ambiente de trabalho. Transcreve-se na sequência, um rol exemplificativo de situações, apresentado por Nascimento (2011, p. 14-15):

- I. desaprovação velada e sutil a qualquer comportamento da vítima;
- II. críticas repetidas e continuadas em relação à sua capacidade profissional;
- III. comunicações incorretas ou incompletas quanto à forma de realização do serviço, metas ou reuniões, de forma que a vítima sempre faça o seu serviço de forma incompleta, incorreta ou intempestiva, e ainda se atrase para reuniões importantes;
- IV. apropriação de ideias da vítima para serem apresentadas como de autoria do assediador;
- V. isolamento da vítima de almoços, confraternizações ou atividades junto aos demais colegas;
- VI. descrédito da vítima no ambiente de trabalho mediante rumores ou boatos sobre a sua vida pessoal ou profissional;
- VII. exposição da vítima ao ridículo perante colegas ou clientes, de forma repetida e continuada;
- VIII. alegação pelo agressor, quando e se confrontado, de que a vítima está paranoica, com mania de perseguição ou não tem maturidade emocional suficiente para desempenhar as suas funções;
- IX. identificação da vítima como “criadora de caso” ou indisciplinada.

Imperioso destacar ainda o que João (2006, p. 29) define como inatividade compulsória, a qual enseja do assediador, de modo intencional, uma conduta que afasta o trabalhador de suas próprias funções. Nessa situação, existe trabalho a ser realizado, contudo o empregado é impedido de executá-lo, sendo-lhe, muitas vezes, repassadas tarefas incondizentes com a função ou cargo ocupados. A inatividade compulsória é uma das causas de justa causa do empregador que levam à rescisão indireta do contrato de trabalho, previstas no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho.

## 2.6 Práticas que não podem ser confundidas com o assédio moral

É primordial que não haja dúvida quanto aos atos que caracterizam o assédio moral e aqueles que não se enquadram nessa configuração, evitando-se, dessa sorte, que a máquina judiciária seja movimentada de modo desnecessário.

Conforme tem sido abordado, o assédio moral caracteriza-se pela repetição de gestos, palavras e comportamentos que, isoladamente considerados, podem parecer inofensivos. “A agressão moral e pontual [...] pode até ensejar uma indenização por danos morais, mas não se confunde com a prática do assédio moral” (NASCIMENTO, 2002, p. 323).

Em primeiro tom, cabe aclarar que condutas como revistas íntimas, controle de tempo de utilização dos sanitários, vigilância de *e-mails* sem a ciência do trabalhador e investigação da saúde e da vida privada do empregado, apesar de serem capazes de ensejar danos morais, não irão configurar o assédio moral.

Ainda, não configura assédio moral o conflito entre colegas e/ou chefias, visto que desacordos são corriqueiros e podem, até mesmo, ser úteis para o ambiente organizacional, uma vez que podem ensejar mudanças positivas no ambiente laboral. Hirigoyen (2002, p. 24) discorre sobre esse aspecto:

Mesmo que as situações de conflito sejam desagradáveis e inoportunas para a empresa, o conflito é útil, pois se origina da necessidade de mudança, que permite mobilizar energias, modificar alianças e reunir pessoas.

Outra situação que não se enquadra no conceito de assédio moral é o estresse diário vivenciado no ambiente laboral. Algumas profissões apresentam, naturalmente, propensão a um desgaste físico e emocional mais acentuado que outras, como ocorre nas atividades exercidas por profissionais da área médica, de segurança, bombeiros, professores e assistentes sociais. Situações permanentemente estressantes também são inerentes a alguns cargos, especialmente de direção e controle e, do mesmo modo, não caracterizam o assédio moral.

Necessário observar que atos do empregador, imprescindíveis para a organização e gerência da empresa, como avaliações de

desempenho, imposição de metas, cobranças e críticas ao trabalho, se realizados de modo objetivo e respeitoso, são legítimas manifestações do poder diretivo do empregador e, igualmente, não caracterizam o assédio moral.

## 2.7 Consequências do assédio moral para a vítima

A vítima de assédio moral fica exposta a reiterados atos abusivos, que não apenas denigrem seus direitos de personalidade, trazendo consequências, muitas vezes irreversíveis para sua integridade física e psíquica, como também violam a sua dignidade na condição de pessoa humana, interferindo na sua autoestima e produtividade, visto que o ambiente de trabalho se torna tenso e hostil, permeado de pressão psicológica, carreando prejuízos de todas as ordens para a vítima (LAZZARI & SARTORI, 2009, p. 291).

As consequências danosas causadas pelo assédio moral não se limitam ao ambiente de trabalho, mas impactam também nos campos profissional, socioeconômico e familiar, visto que os aspectos negativos que atingem a vítima, como falta de autoconfiança, desânimo e desmotivação, não ficam limitados ao ambiente laboral, mas acarretam reflexos em todos os setores da vida do indivíduo. Para complementar esse entendimento, apropria-se dos ensinamentos de Mendes (2006), que afirma:

[...] deve-se ficar atento para não cair numa cilada emocional que pode destruir emprego, convivência social e familiar, e até mesmo a própria vida. Os danos que o assédio moral pode causar ao empregado são seríssimos.

A prática do assédio moral é capaz de devastar a vida do trabalhador assediado, algumas vezes de forma irreversível.

Os efeitos da convivência constante em um ambiente no qual o trabalhador não se sente recepcionado e acolhido, mas do qual não consegue se desvencilhar, na maioria das vezes por razões econômicas, são inumeráveis. Alkimin (2007, p. 85) declara que

o assédio gera grande tensão psicológica, angústia, medo, sentimento de culpa, desarmoniza as emoções e provoca danos à saúde física e mental, constituindo-se em fator de risco à saúde nas empresas.

Lazzari & Sartori (2009, p. 292) complementam o rol, adicionando outras formas de manifestação do sofrimento vivenciado:

[...] o assédio moral gera sofrimento na vida do empregado, com marcas prejudiciais à sua saúde, como depressão, angústia, mal-estar físico e mental, tensão, ansiedade, cansaço, diminuição da capacidade de concentração e memorização, irritação constante, insônia, uso de álcool e drogas, entre outras.

Paulatinamente, as consequências do assédio moral vão instalando-se na vida do trabalhador de todas as maneiras, fazendo surgir outros efeitos, como a perda do prazer de trabalhar, a falta de interesse por outras atividades, a desestabilidade emocional, e o isolamento, que podem culminar no surgimento de doenças, como gastrites, úlceras, arritmias cardíacas, hipertensão, e até mesmo câncer e suicídio nos casos mais gravosos.

Nesse sentido, pertinente a afirmação de Thome (2008, p. 85), que destaca que “as consequências do assédio moral na saúde diferem de pessoa para pessoa, segundo sua capacidade de resistir à pressão e ao estresse, variando desde uma simples dor de barriga até o suicídio”.

Conforme já mencionado, os malefícios provocados pelo assédio moral podem não se limitar ao campo laboral e, neste íterim, é importante observar algumas reações que podem sobrevir devido ao novo comportamento que o indivíduo passa a apresentar, ladeado de insegurança e perda de autoconfiança. Lazzari & Sartori (2009, p. 293) especificam algumas, como o afastamento de colegas de trabalho e de amigos, a desestabilização de casamentos e relações familiares, despesas expressivas com medicamentos, perda de patrimônio, envolvimento com álcool e drogas, conflitos constantes por razões mínimas e, até mesmo, agressões.

Ante todo o exposto, sendo o assédio moral atualmente considerado um dos principais fatores de origem do *stress* profissional, tem recebido especial atenção em âmbito mundial (Alkimin, 2007, p.85). Assim, de extrema relevância o estudo do tema na seara jurídica, em virtude dos incontáveis prejuízos que é capaz de deixar na vida do indivíduo, podendo até mesmo evoluir para uma incapacidade laborativa permanente.

## 2.8 Consequências do assédio moral para o empregador

A prática de assédio moral, além de tornar o ambiente de trabalho insalubre, dificulta a continuidade da relação de emprego, haja vista tornar-se insustentável e insuportável a convivência diária que o trabalho requer.

Uma das principais consequências que o assédio moral pode ensejar é a rescisão indireta do contrato de trabalho, prevista no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, abaixo transcrito:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Pela análise do artigo, infere-se que a legislação trabalhista não explicita o assédio moral, entretanto, dentre os motivos que podem implicar justa causa para que o empregado possa rescindir o contrato de trabalho e pleitear indenização, apenas as alíneas “c”, “d” e “e” não se perfazem como condutas características de assédio moral.

Nesse âmbito, Thome (2008, p. 135) sustenta que o rol elencado no art. 483 da CLT é taxativo, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, sendo necessário analisar em quais das situações se enquadra o assédio moral praticado no ambiente de trabalho.

Cabe salientar que, na maioria dos casos, a rescisão indireta do contrato de trabalho ocorre porque o empregador, ao invés de demitir o trabalhador, passa a ter atitudes de modo a tornar insustentável a

continuidade da relação de emprego, visando a que esse se demita. Desse modo, com a prática reiterada de atitudes hostis, instala-se o assédio moral.

Incontáveis podem ser as atitudes do empregador com o intuito de humilhar o trabalhador, caracterizando o assédio moral, destacando-se o rigor excessivo e a inatividade. O rigor excessivo, de acordo com Alkimin (2007, p.95), resta configurado “quando o empregador desvia a finalidade do poder disciplinar e aplica penalidades incompatíveis com as faltas cometidas e as características do empregado”, o que pode se dar “por meio de revistas pessoais e circuitos internos, de modo a afetar a privacidade do empregado [...]”. A inatividade, por outro lado, conforme destaca Thome (2008, p.140), ocorre quando o empregado é impedido de executar suas funções, sendo colocado em inatividade.

Nessa seara, posiciona-se a 1ª Turma do Egrégio TRT da 12ª Região, em sede de Recurso Ordinário:

ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A liderança autoritária, o rigor excessivo e a falta de bom trato com os empregados estão dentre os comportamentos ensejadores de assédio moral.

Todas as condutas referidas, além de ensejar a rescisão indireta e a consequente indenização de todas as verbas trabalhistas, em razão do desrespeito às cláusulas contratuais laborais, também são passíveis de ajuizamento de ação condenatória por parte do empregado vítima de assédio moral, podendo pleitear o pagamento de indenização por danos morais, em razão dos prejuízos advindos dessa prática.

### **3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

A Constituição da República reservou espaço de destaque ao Princípio da Dignidade Humana, elencando-o como um dos fundamentos do Estado democrático de direito, no art. 1º, inciso III. Em termos trabalhistas e ambientais, esse dispositivo é complementado pelo artigo constitucional 170, *caput* e inciso VI, o qual dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira, expressamente fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando existência digna a

todos diante da observação de seus princípios, dentre os quais a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Cabe ressaltar que os princípios são os sustentáculos da ordem jurídica, e, por conseguinte, qualquer afronta a esses preceitos abarca proporções muito maiores e relevantes do que o seria com as demais normas integrantes dessa estrutura, visto que se estaria atingindo os pilares que dão sustentação a todo o sistema normativo. Consoante o exposto, corrobora o Min. Celso Antonio Bandeira de Mello (*in* RDP 15/283):

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema [...].”

O enfoque de valorização social e dignidade do trabalho, entretanto, é bastante recente e, de modo geral e global, ao longo da história da humanidade, o trabalho esteve diretamente relacionado à exploração da mão de obra, transferindo-se aos subalternos – primeiramente os escravos, então classificados como coisas –, a realização de tarefas mais árduas, consideradas indignas pelo cidadão livre (VILLELA, 2008, p. 1-2).

As primeiras normas jurídicas trabalhistas que instituíram patamares mínimos de proteção ao trabalhador surgiram no período da Revolução Industrial, em virtude do perigo que assombrava a paz social, advindo das constantes reivindicações da classe trabalhadora. Conforme ensina Villela (2008, p. 3), a sociedade, à época, vivenciava o movimento iluminista, que se contrapunha ao regime absolutista vigente, fazendo surgir o liberalismo econômico, pelo qual o mercado insistia em seguir suas próprias leis, sem qualquer interferência estatal. Nesse cenário, iniciou-se a Revolução Industrial, período no qual o advento das máquinas passou a substituir o trabalho humano. Os efeitos dessas modificações no mundo do trabalho foram drásticos, visto que “a grande demanda de trabalhadores, aliada à pouca oferta de trabalho,

acarretou péssimas condições laborais à classe obreira (reduzidos salários, jornadas de trabalho extensivas, redução da idade mínima para trabalhar, entre outras)". Destarte, visando retomar a paz social e no intuito de oferecer uma compensação ao desequilíbrio existente em razão da hipossuficiência do trabalhador, o Estado passa a intervir nas relações de trabalho, editando normas de natureza cogente, que constituíam o chamado "*contrato mínimo legal*", o qual deveria ser obrigatoriamente observado pelos sujeitos contratantes. Surge daí o princípio *mater* do Direito do Trabalho: o *Princípio da Proteção do Empregado*.

O ensinamento de Villela demonstra que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no meio ambiente do trabalho foi se construindo e consolidando concomitantemente à concretização do próprio Direito do Trabalho, o qual ocupa, presentemente, o patamar de direito social, nos termos do art. 6º da Ordem Constitucional, pressupondo a ideia de trabalho digno. Todos os princípios contemplados pelo Direito Trabalhista atual têm como corolário precípuo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

434

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios da civilização, a responsabilidade por ilícitos cometidos era una, não havendo distinção entre responsabilidade civil e penal. As sociedades primitivas eram regidas pelos costumes, e, quando os indivíduos se sentiam ofendidos, a reação contra o agressor ocorria instantaneamente, de forma direta, violenta e coletiva, possuindo características unicamente de vingança.

Naquele período não existia o Direito, e as formas cruéis de penalização praticadas sucessivamente fizeram emergir a necessidade de formas mais brandas de reparação dos danos, posto estar havendo a dizimação de muitos núcleos familiares. Assim, o caráter coletivo foi substituído pelo individual, não mais se justificando punir quem não fora o autor do ilícito.

Paulatinamente, o poder público percebeu ser muito mais vantajoso, financeiramente, substituir a pena, baseada na Lei de Talião, por uma compensação econômica, fazendo erigir uma etapa novel,

denominada “composição voluntária”, na qual o agressor tinha a opção de reparar o mal causado à vítima, compensando-a com o pagamento de certa quantia em dinheiro ou entrega de bens (CAVALCANTI, 2002, p. 19).

No entanto, somente se evidencia um princípio geral regulador da reparação do dano, norteador do instituto da responsabilidade civil, com a introdução da *Lex Aquilia*, o qual foi, segundo Venosa (2003, p. 19), “um plebiscito [...] que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens”. A partir deste diploma é que surge a responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana.

O aperfeiçoamento dos estudos acerca da responsabilidade civil se deu com o Direito Francês, que inicialmente adotou a teoria da responsabilidade subjetiva, isto é, a imprescindibilidade do critério da culpa para que houvesse a reparação dos danos. Posteriormente, com o avançar das pesquisas que aconteciam paralelamente ao desenvolvimento industrial, a Teoria da Culpa revelou-se insuficiente para atender a novas demandas que se impunham com o progresso, fazendo surgir a Teoria do Risco, pela qual a responsabilidade passa a ser encarada sob o enfoque objetivo, ou seja, de que todo risco deve ser garantido, independentemente da existência ou comprovação de culpa ou dolo (AMORIM, 2005).

A Teoria do Risco não exclui a Teoria da Culpa, e as duas passam a coexistir, influenciando a maioria das legislações desde aquela época até os dias atuais.

#### 4.1 Conceito de responsabilidade civil

No que tange à definição da responsabilidade civil, esta deve comportar dois polos, conforme explicita Diniz (2012, p. 49), “o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa”.

Entretanto, apesar de existirem divergências doutrinárias, uma vez que autores há que pendem para apenas uma das vertentes, a responsabilidade civil está indubitavelmente relacionada à noção de reparação do dano, e por meio dela se busca a restituição ao *status quo* anterior à ofensa, contexto no qual o responsável fica exposto às consequências de sua conduta danosa.

Portanto, a definição de responsabilidade civil deve abranger em sua estrutura, além da questão da culpa (responsabilidade subjetiva) e a do risco (responsabilidade objetiva), a obrigação de reparar o dano causado pela prática de um ato ilícito.

De acordo com Gonçalves (2011, p. 21), se uma obrigação não for cumprida, haverá a violação de um dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, ou seja, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Danos ou prejuízos podem advir tanto de atos lícitos como de atos ilícitos, no entanto somente na segunda hipótese surge o dever de reparação, uma vez que somente esses compreendem atos violadores do direito (ALMEIDA, 2007, p. 58).

A legislação civil brasileira restringe os atos lícitos e ilícitos a apenas quatro artigos (185 a 188), sendo apenas o primeiro deles referente aos atos lícitos. No art. 186, o legislador preocupou-se em definir os atos ilícitos ao dispor “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Torna-se oportuno salientar que o Código Civil, no seu art. 187, deixa expresso que o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, também comete ato ilícito.

O ato ilícito pressupõe, portanto, uma conduta comissiva ou omissiva do indivíduo. Esse dispositivo é complementado pelo art. 927, que prescreve a consequência da prática de um ato ilícito, qual seja, o dever de reparação pelo dano causado a outrem.

Ante a leitura desses artigos, manifesta a compreensão de que todo aquele que pratica um ato ilícito de que resulte prejuízo, seja ele comissivo ou omissivo, deve suportar as consequências do seu procedimento, uma vez que surge para a sua vítima o direito de buscar a tutela jurisdicional com vistas ao ressarcimento pelos danos sofridos.

Assim, diante dessa discussão, depreende-se que a responsabilidade surge da necessidade de restabelecer as mesmas condições em que a vítima se encontrava, ou seja, de “restituir-lhe o

*status quo ante*, de modo a minimizar seu sofrimento” (GONÇALVES, 2011, p. 375).

Chega-se desse modo, à definição de responsabilidade civil, como sendo a consequência jurídico-patrimonial que surge a uma pessoa pelo descumprimento de uma obrigação, do qual resulte dano, seja esse patrimonial ou extrapatrimonial.

#### 4.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

O dano pode ser causado pelo descumprimento de uma obrigação contratual ou pela infração de um dever legal. Provindo do inadimplemento de um contrato, resta caracterizada a responsabilidade civil contratual. Por outro lado, decorrendo da inobservância de uma lei, está-se diante da responsabilidade civil extracontratual, também denominada *aquiliana*, conforme expõe Cavalcanti (2002, p. 25).

Independentemente da fonte e dos aspectos inerentes a cada uma delas, ambas se fundam no dever de indenização, que decorre da inobservância de um dever de conduta.

Nesta seara, ensina Ueda (2012) que,

na responsabilidade contratual a violação é de um dever positivo, qual seja, o de adimplir com as obrigações pré-pactuadas. Na responsabilidade extracontratual, por outro lado, viola-se um dever negativo, o de abster-se da prática de atos geradores de prejuízos a terceiros.

A despeito de a fonte da obrigação ser a lei ou um contrato, o dever de reparação é consequência que se impõe na hipótese de ocorrer qualquer tipo de prejuízo pela sua inobservância.

O Código Civil brasileiro disciplina as duas espécies em dispositivos distintos, adotando de forma explícita a denominada Teoria Dualista.

A responsabilidade extracontratual encontra-se disciplinada de forma genérica nos arts. 186 a 188, e 927 a 954, nos Títulos Dos Atos Ilícitos e Da Responsabilidade Civil, respectivamente; a contratual, por sua vez, está disposta nos arts. 389 e seguintes, no título que trata do *inadimplemento das obrigações*.

Cavaliere Filho (2005, p. 62) ressalta que há uma simbiose entre as duas modalidades, apesar da cisão existente entre si, posto haver regras previstas para a responsabilidade contratual que também são aplicadas à responsabilidade extracontratual, como ocorre em relação aos arts. 393, 402 e 403.

Mais um aspecto relevante quando se projeta a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, reside na questão do *onus probandi* relativamente à culpa, que compete a um dos sujeitos envolvidos. Gonçalves (2012, p. 54) acentua essa distinção ao afirmar que, na responsabilidade contratual, cabe ao credor a obrigação de demonstrar que a prestação não foi cumprida. Nessa hipótese, o devedor só não será condenado à reparação do dano se conseguir provar a ocorrência de alguma das excludentes de ilicitude legalmente admitidas: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, entre outras a serem analisadas na continuidade.

Na responsabilidade extracontratual, todavia, o ônus da prova recai sobre o autor da ação judicial, o qual deverá provar que o fato se deu por culpa do causador do dano, parte-ré no processo.

Além de determinar a fonte de onde se origina o dever de indenizar, subdividindo-se em responsabilidade contratual da extracontratual, a teoria da responsabilidade também busca aprofundar o entendimento quanto à conduta do agente que possa ter contribuído para a ocorrência do dano, cindindo-se entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

### **4.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva**

Não se define como complexo o entendimento acerca da responsabilidade subjetiva ou objetiva, cuja diferenciação se resume na culpa ou não do agente, ou no risco da atividade exercida. Nessa seara, de acordo com Novaes (2012), “dois são os fundamentos da responsabilização do agente: de um lado, a culpa, baseada na teoria subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado o risco, fundamentado pela teoria objetiva ou teoria do risco”.

O principal aspecto da responsabilidade objetiva, de acordo com Sampaio (2003), é o fato de o fator culpa não ser essencial para o

surgimento do dever de indenizar, bastando ao agente a assunção do risco de provocar danos a outrem, para que seja responsabilizado na hipótese de conduta danosa. Por outro lado, a responsabilidade civil subjetiva está diretamente relacionada à culpa, surgindo o dever de indenizar pelo comportamento do agente.

Em igual sentido, os arts. 186 e 927, *parágrafo único*, do Código Civil. O primeiro prevê o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano, remetendo à responsabilidade subjetiva. O segundo, por sua vez, admite a responsabilidade sem culpa, nos casos especificados em lei, ou advindos de atividade que ofereça risco aos direitos de outrem. Seguindo na mesma linha, cabe fazer referência a alguns dos dispositivos do diploma civil que adotam, especificamente, a responsabilidade objetiva: 929, 930, 933, 936, 937, 938, 939 e 940. Além desses, inúmeras leis esparsas perfilham a responsabilidade objetiva, como a Lei nº 8078/90, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor.

Mister mencionar que há divergências doutrinárias no que tange à qual das 2 classificações foi acolhida pelo legislador ao elaborar o Código Civil vigente. Para Tepedino (2004, p. 37), o Código Civil de 2002 adotou “um modelo dualista, no qual convivem a responsabilidade subjetiva e a objetiva”. Souza (2011, p. 184), por outro lado, afirma que “a regra é a responsabilidade objetiva, e a exceção, a subjetiva”. Para Tartuce (2012, p. 458), entretanto, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na *teoria da culpa*.

Ante o exposto, conclui-se que, independentemente da espécie de responsabilidade civil, havendo dano, surgirá o dever de reparação. Nesse sentido, imprescindível o conhecimento dos elementos que devem estar presentes para que surja o direito a buscar indenização pelos prejuízos a que a vítima foi submetida.

#### **4.4 Pressupostos da responsabilidade civil**

Independentemente de a ação ou omissão que originou o dano ter sido causada pelo próprio agente, ou por coisas, pessoas ou animais a ele vinculados, a teoria da responsabilidade civil tem como fim precípua determinar o elo existente entre os diversos elementos que compõem o

dever de indenizar.

A doutrina é abrangente em definições de pressupostos da responsabilidade civil, não havendo um consenso doutrinário no que tange aos pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil.

Analisando os arts. 186 e 927 do Código Civil, evidenciam-se 4 elementos como essenciais para que a responsabilidade civil se configure: *ação ou omissão, relação de causalidade, dano experimentado pela vítima, e a culpa ou dolo do agente.*

#### 4.4.1 Ação ou Omissão

A conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa). Entretanto, compreende Tartuce (2012, p. 342) que a conduta positiva é a regra e que a omissão só resta configurada se houver uma determinação legal de que determinado ato deva ser praticado.

#### 4.4.2 Relação de causalidade

A conduta é a ação ou omissão do agente, enquanto o resultado é o dano sofrido pela vítima. O nexo de causalidade, por sua vez, é o elo de conexão entre a conduta dolosa ou culposa, e o dano sofrido por outrem. A responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, somente pode emergir se houver relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Na responsabilidade subjetiva, esta conexão é constituída pela culpa *lato sensu*, a qual inclui o dolo e a culpa estrita, conforme prevê o art. 186 do Código Civil. Na responsabilidade objetiva, por outro lado, o nexo causal se manifesta pela conduta, cumulada com a *atividade de risco*, disposta no art. 927, parágrafo único, do mesmo Código.

#### 4.4.3 Dano

Dano, na definição de Venosa (2012, p. 37), “consiste no prejuízo sofrido pelo agente”, podendo ser “individual ou coletivo, moral ou material, [...] econômico e não econômico”. Nas palavras de Cavalieri Filho (2005, p. 96), dano é a “diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima

(honra, imagem, etc.)”, podendo o dano ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral).

No que tange ao dano moral, o aspecto relevante é a dor psíquica, moral ou intelectual, ou seja, o intenso sofrimento que advém de incômodos e dissabores que exorbitem ao simples aborrecimento, conforme se depreende da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Alguns fatos da vida não ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos ou contratemos. São os dissabores ou transtornos normais da vida em sociedade, que não permitem a efetiva identificação da ocorrência de dano moral. (...). (Paulo de Tarso Vieira, Responsabilidade civil; São Paulo : Saraiva, 2002).  
**O dano moral capaz de ser agasalhado pelo Direito é aquele que fere sobremaneira a pessoa. Meros dissabores decorrentes da vida em sociedade não devem ser erigidos ao “status” de danos morais.** (TJSC, Apelação Cível n. 2013.030087-6, de Meleiro, rel. Des. Saul Steil, j. 13-08-2013). (grifo nosso)

Conforme expõe Cavalieri Filho (2005, 97), a extensão da reparação compreende as denominadas *perdas e danos*, que correspondem tanto ao *dano emergente*, caracterizado pelo que a vítima efetivamente perdeu, quanto ao *lucro cessante*, relativo àquilo que ela deixou de auferir.

#### 4.4.4 Culpa ou dolo do agente

A culpa ou dolo do agente também são aspectos da responsabilidade civil que se extraem do art. 186 do Código Civil.

Tartuce (2012, p. 345) define o dolo como sendo “uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem” e Gonçalves (2012, p. 53) explica a culpa como “a falta de diligência”. Assim, tem-se que o dolo é a intenção deliberada de violar um dever jurídico, enquanto a culpa ocorre por falta de zelo e cautela no agir.

Imprescindível destacar que a culpa ou dolo do agente é aspecto inerente unicamente à responsabilidade civil subjetiva, não integrando os pressupostos da responsabilidade objetiva. Assim, a teoria objetiva, também admitida pelo Código Civil, resta restrita aos limites estabelecidos em lei.

Diante do estudo do instituto da responsabilidade civil,

imperioso analisar as possibilidades de defesa que podem ser arguidas pelo causador do dano diante de eventual ação de indenização proposta pela vítima, as quais podem excluir a ilicitude da conduta praticada e, por conseguinte, o dever de indenizar. Assim, na sequência, e de forma concisa, serão abordadas as causas excludentes da responsabilidade civil.

#### **4.5 Causas excludentes da responsabilidade civil**

Em seus dispositivos, o Código Civil não apenas estabelece a responsabilidade civil como também especifica hipóteses em que, apesar da conduta do agente e da ocorrência de dano, haverá a isenção do dever de indenizar. Trata-se das denominadas excludentes de responsabilidade civil, ou excludentes de ilicitude.

As excludentes de responsabilidade, conforme ensina Venosa (2012, p. 86), são situações que a doutrina também denomina de “rompimento do nexa causal”, visto que, por via de regra, estão relacionadas ao pressuposto do nexa de causalidade, o que significa dizer que a vinculação existente entre uma determinada ação e o dano dela advindo é afastada.

São seis as espécies de excludentes de responsabilidade: estado de necessidade e legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima, e fato de terceiro.

#### **4.6 O dano moral decorrente do assédio moral e o dever de indenizar**

No desenrolar desta pesquisa, foi possível compreender que a prática do assédio moral causa lesões a bens jurídicos extrapatrimoniais, ou seja, causa danos à vítima. De acordo com Dallegrave Netto (2007, p. 150), o dano “constitui a essência da responsabilidade civil [...]. Sem dano pode até existir responsabilidade penal, mas jamais civil”.

Ressalte-se que os danos extrapatrimoniais, que atingem a dignidade da pessoa humana, são desprovidos de expressão econômica, diferenciando-se dos danos patrimoniais, também denominados danos materiais, não obstante o dano material também poder estar presente, conforme destaca Schweizer (2009, p. 119):

A prática do assédio moral gera profundo abalo de ordem moral e física, com atentado imediato contra a dignidade do trabalhador, causando diversos sintomas como depressão, insônia, despersonalização, distúrbios psiquiátricos, dores generalizadas pelo corpo, etc., que por sua vez também podem levar a danos materiais, como gastos com medicamentos, internações, perda de rendimentos, etc.

Uma das consequências que se vislumbra com a prática do assédio moral é o dano moral, pelo qual cabe indenização, como forma de reparação pela perturbação emocional que é capaz de provocar. Nesse sentido, cita-se trecho de decisão em Recurso Ordinário proferido pela 1ª Turma do TRT 12:

DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. PROCEDIMENTO QUE ATINGE A DIGNIDADE DA PESSOA E O VALOR DO TRABALHO HUMANO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO. A instabilidade emocional gerada no empregado submetido a práticas que maculam a sua dignidade e o valor do seu trabalho implica dano moral. Nestes casos é até mesmo presumível a privação do seu bem-estar, com evidente menoscabo espiritual e perturbação anímica, haja vista o constrangimento, a humilhação e outros sentimentos negativos que ensejam a reparação do agravo.

443

Nascimento (2011, p. 156) compreende que a indenização não passa de uma “forma de atenuação do sofrimento causado, pois após a prática do assédio moral é impossível retornar ao *status quo* que existia antes da lesão”. Desse modo, no entendimento da doutrinadora, não se sustentaria o que alguns autores denominam de *direito de reparação pelo prejuízo causado*, visto que para ela o dano que se instala é irreparável, cabendo tão somente o direito de indenização pelos sofrimentos experimentados.

Schweizer (2009, p. 117) ensina que na legislação trabalhista não há previsão expressa para que haja indenização pelos danos morais advindos de ato ofensivo à dignidade do trabalhador, como ocorre na hipótese de assédio moral. Desse modo, o ressarcimento econômico a que faz jus a vítima encontra respaldo nas normas constitucionais. O dever de reparação encontra amparo nos incisos X e V do art. 5º da Lei Suprema, preconizando que:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Não se pode olvidar-se da aplicação do Direito Civil como fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que aquele não for incompatível com os princípios fundamentais deste, em consonância com o que prevê o parágrafo único do art. 8º da CLT.

#### **4.7 O risco do negócio e a responsabilidade civil objetiva e subjetiva do empregador**

Dando sequência ao raciocínio, a análise da responsabilidade civil do empregador e do dever de indenizar a vítima de assédio moral, que no caso em apreço é o trabalhador, deve estar pautada no exame de uma combinação de artigos presentes nos diplomas civil e trabalhista brasileiros.

Preliminarmente, de grande relevância explicitar o art. 2º da CLT, que impõe ao empregador a assunção pelos riscos da atividade desenvolvida, ao preconizar que empregador é a empresa, individual ou coletiva, que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço, assumindo os riscos da atividade econômica.

Assim, diante do risco assumido pelo empregador com a gestão de seu negócio, quando se analisa o instituto da responsabilidade civil em decorrência de assédio moral, torna-se imperiosa a clareza quanto a tratar-se de uma responsabilidade objetiva, prescindindo da necessidade de se provar que o agente agiu com dolo ou culpa, ou, ao contrário, se a responsabilidade é subjetiva, devendo estar presente a culpabilidade para que o empregador possa ser responsabilizado pelos danos provocados em virtude do assédio moral, seja este praticado por si ou por seus subordinados (PEREIRA, 2001, p. 141).

Como fonte subsidiária do Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT, encontra-se disposto no art. 186 do Código Civil, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Imperioso destacar, conjuntamente, o art. 927 do referido código, que afirma que todo ato ilícito que causar dano a outrem deve ser reparado por quem o praticou. Entretanto, o art. 932, III, do mesmo Diploma impõe que a responsabilidade pela reparação civil será do empregador quando os atos forem praticados por seus empregados, ou seja, a reparação ocorreria em face de um ato de terceiro, aspecto também abordado previamente neste capítulo. Transcreve-se o artigo citado:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Complementa-se a abordagem do artigo citado por derradeiro, acrescentando-se à análise o art. 933, que estabelece que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”, o que confirma a compreensão de que o empregador responde pelos atos praticados por seus subordinados, tenha aquela culpa ou não.

A responsabilidade objetiva, conforme mencionado anteriormente, prescinde da comprovação de culpa, assim, diante desse entendimento, somado ao exame dos arts. 186, 927, 932 e 933 do Diploma Cível e do art. 2º do Código Laboral, infere-se que nos casos de assédio moral no meio ambiente do trabalho, seja a conduta praticada pelo empregador, seja de iniciativa de seus empregados, independentemente de culpa, haverá o dever de indenizar a vítima, e o responsável por essa reparação será o empregador.

Autenticando esse entendimento, necessário fazer-se alusão à Súmula nº 341, editada pelo Supremo Tribunal Federal depois de reiteradas decisões reconhecendo a responsabilidade do empregador pelos atos de seus empregados. Prescreve a aludida súmula: “a culpa do patrão ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto, é presumida”, o que significa reiterar que, havendo ou não culpa por parte do empregador, este será responsabilizado pelos danos causados pela

conduta de seus empregados.

Assim, infere-se que, se o assédio moral for praticado pelo empregador ou por um de seus empregados, a responsabilidade pela reparação dos danos que desta conduta advierem será sempre do empregador, sendo na segunda hipótese em razão das já abordadas *culpa in elegendo* e *culpa in vigilando*.

Entrementes, cabe observar, conforme ensina Zanetti (2011, p. 155), que, para que o empregador possa ser responsabilizado em face de assédio moral, a prática ou omissão do ofensor tem que ocorrer durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, mesmo que fora do ambiente de trabalho, conforme se depreende do art. 482, alínea “j”, da CLT.

## 5 CONCLUSÃO

446 Findo o estudo acerca do assédio moral no trabalho, compreende-se que a violência psicológica no contexto laboral é prática que acompanha a evolução histórica do trabalho, apresentando características diferenciadas, consoante a conjuntura a que estivesse inserida a cada época.

A prática do assédio moral é capaz de devastar a dignidade humana do trabalhador em todas as áreas da sua vida, visto que as consequências podem impactar também os campos socioeconômico, familiar, social e, certamente, profissional, visto que os aspectos negativos que o atingem, como falta de autoconfiança, medo, desânimo, desmotivação e baixa autoestima têm reflexos para toda a sua vida.

Independentemente da forma como se instale, seja ele praticado dentro ou fora do ambiente de trabalho, de modo físico ou virtual, proceda do empregador ou de colaboradores, em consonância com o Código Civil, o empregador tem a responsabilidade pela reparação dos danos causados, sem que haja a necessidade de se comprovar a culpa na conduta.

Tendo em vista a teoria do risco da atividade e a responsabilidade civil por ato de terceiro, conclui-se que a responsabilidade civil, em face

de assédio moral praticado no ambiente de trabalho, pode ser enquadrada como objetiva, e apenas sucessivamente subjetiva.

## REFERÊNCIAS

- ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Temas atuais de responsabilidade civil**. José Luiz Gavião de Almeida (Org). São Paulo: Atlas, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **RDP 15/283**. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo\\_o\\_principio\\_constitucional\\_da\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_do\\_trabalho\\_fabio\\_goulart.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo_o_principio_constitucional_da_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_do_trabalho_fabio_goulart.pdf)> Acesso em: 11 out. 2013.
- BARRETO, Margarida M.S. **Uma jornada de humilhações**. 2000. 235p. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 18 jun 2016.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)> Acesso em: 18 jun 2016.
- CARROL, B. *The harassed worker*. Lexington, Ma, DC: Heat and Co., 1976.
- CAVALCANTI, André Uchôa. **Responsabilidade civil do transportador aéreo**: tratados internacionais, leis especiais e Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMBALBERT, Nicolas; RIQUELME-SÉNÉGOU, Catherine. **Le mal être au travail: souffrances psychiques, harcèlement moral, stress, agressivité et conflits, violence au travail, burnout**. Paris: Presses de la Renaissance, 2006.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FREITAS, Maria Ester de; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio moral no trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

FREITAS, Maria Ester de. **Assédio moral no trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

GARCIA, Ivonete Steinbach; TOLFO, Suzana da Rosa. **Assédio moral no trabalho: culpa e vergonha pela humilhação social**. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Pedro Lenza (Coord.). **Direito civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; ANDREOLA, Lilian Simone Andreola. *Inovações tecnológicas e a discriminação dos envelhescentes no Mercado de trabalho*. **Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais**. Chapecó: Unoesc, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2267/1316>> Acesso em: 15 dez. 2013.

GOULART VILLELA, Fábio. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

GREBOT, Elisabeth. **Harcèlement au travail: identifier, prevenir, désarmorcer**. Paris: Eyrolles Editions d'Organisation, 2007.

GUEDES, Márcia Novaes. Assédio moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista da Amatra**. São Paulo, II, p. 34-50, 2003.

\_\_\_\_\_. Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HÁDASSA, Dolores Bonilha Ferreira. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2004.

HIRIGOYEN. **Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien**. Paris: La découverte et Syros, 1998.

\_\_\_\_\_. Marie France. **Malaise dans le travail: Harcèlement moral: démeler le vrai du faux**. Paris: Syros, 2001.

\_\_\_\_\_. Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

\_\_\_\_\_. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. Trad. Maria Helena Kühner. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Assédio moral: raízes, conceitos e caminhos para a proteção eficaz do trabalhador**. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 29.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46.

LAZZARI, Sandra Neli; SARTORI, Tânia Inês. Assédio moral nas relações de emprego no Direito do Trabalho Brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Assédio moral e dano moral no trabalho**. Caxias do Sul/RS: Plenum, 2009.

LEYMANN, Heinz. **La persécution au travail**. Paris: Éditions du Sueil, 1996.

MENDES, Carolina de Aguiar Teixeira. **Identificando o assédio moral no trabalho. Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 913, 2 jan 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigo/7767>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Observações sobre os direitos morais do trabalhador e suas formas de configuração e violação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 28, n.51, jul./dez.2002. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio Moral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVAES, Humberto Pollyceno. **Diferenças essenciais entre responsabilidade civil e responsabilidade civil consumerista**. Publicado em 1o abr. 2012. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11318](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11318). > Acesso em: 24 jul. 2013.

PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio Moral no Trabalho. **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, ano 42, 122/06, p.512. 2006.

———. Assédio moral no trabalho. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Assédio moral e dano moral no trabalho**. Caxias do Sul/RS: Plenum, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHWEIZER, Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva. Assédio moral nas relações trabalhistas sob a ótica civil-trabalhista-constitucional. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Assédio moral e dano moral no trabalho**. Caxias do Sul/RS: Plenum, 2009.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães de. Responsabilidade Contratual e Extracontratual. **Universo Jurídico**. Juiz de Fora, 2001. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/803/responsabilidade\\_contratual\\_e\\_extracontratual](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/803/responsabilidade_contratual_e_extracontratual)>. Acesso em: 16 jul. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 7 ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

THOME, Candy Florencio. **O assédio moral nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

UEDA, Andréa Silva Rasta. **Responsabilidade contratual: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual?**. 2012. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3373, 25 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22673>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed., atual. São Paulo:

Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILLELA, Fábio Goulart. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho.** 2008. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo\\_o\\_principio\\_constitucional\\_da\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_do\\_trabalho\\_fabio\\_goulart.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo_o_principio_constitucional_da_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_do_trabalho_fabio_goulart.pdf). > Acesso em: 25 out. 2013.

ZANETTI, Robson. Assédio moral no Trabalho. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Assédio moral e dano moral no trabalho.** Caxias do Sul/RS: Plenum, 2009.

\_\_\_\_\_. **Assédio moral e sexual: assédio sexual nas relações de trabalho.** Artigo publicado em 24 ago 2011. Disponível em: <<http://www.robsonzanetti.com.br/v3/artigo.php?id=97&idCat=2>.> Acesso em: 12 maio 2013.

## JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região.** RO: 957420125020 SP 00000957420125020019 A28, Relator: MARIA ISABEL CUEVA MORAES, Data de Julgamento: 24/09/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 04/10/2013. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24861629/recurso-ordinario-ro-957420125020-sp-00000957420125020019-a28-trt-2>.> Acesso em: 26 fev 2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho – 12ª Região.** RO0002163-55.2012.5.12.0039, SECRETARIA DA 2A TURMA, TRT12, GILMAR CAVALIERI, publicado no TRTSC/DOE em 19/11/2013. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=265617>.> Acesso em: 28 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RO 0004599-26.2012.5.12.0026, SECRETARIA DA 3A TURMA, TRT12, GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE, publicado no TRTSC/DOE em 29/11/2013. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=266369>.> Acesso em: 28 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RO 0000154-77.2013.5.12.0042, SECRETARIA DA 1A TURMA, TRT12, JORGE LUIZ VOLPATO, publicado no TRTSC/DOE em 27/01/2014. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=268446>.> Acesso em: 28 fev. 2014. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 12ª Região. RO 0007613-54.2012.5.12.0014, SECRETARIA DA 2A TURMA, TRT12, MARI ELEDA MIGLIORINI, publicado no TRTSC/DOE em 21/02/2014. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=270595>.> Acesso em: 28 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RO 0001948-93.2012.5.12.0002, SECRETARIA DA 1A TURMA, TRT12, AGUEDA MARIA LAVORATO PEREIRA, publicado no TRTSC/DOE em

31/01/2014. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&tipo=PDF&pidDoc=269207>> Acesso: 27 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RO 0003101-22.2012.5.12.0016, SECRETARIA DA 2A TURMA, TRT12, LOURDES DREYER, publicado no TRTSC/DOE em 05/12/2013. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&tipo=PDF&pidDoc=266250>> Acesso em: 28 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** TJ-SC, Apelação Cível n. 2013.030087-6, de Meleiro, rel. Des. Saul Steil, j. 13/08/2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ABALO+PSICOL%C3%93GICO+N%C3%83O+COMPROVADO>> Acesso em: 12 set. 2013.





