

REDUÇÃO DO INTERVALO PARA REFEIÇÃO - QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Raul Moreira Pinto*

1 - Parte da jurisprudência, na contramão da legislação ordinária mais recente (Lei n. 8.923/94), vem reconhecendo a legitimidade da redução do intervalo para alimentação e repouso, via negociação coletiva, sem outras formalidades senão as de assinatura de convenções ou acordos.

Nos julgados que representam essa orientação dá-se ênfase à força da autonomia da vontade dos atores nas convenções e nos acordos coletivos, tem-se como o negociado inatacável, emprestando-lhes *status* que nem mesmo a lei possui. Os fundamentos jurídicos são buscados em princípios constitucionais positivados (artigo sétimo, inciso XXVI e artigo oitavo, inciso III, tudo da Constituição Federal). Registre-se que a disposição que permitiria a negociação ampla, nessa interpretação, não se constitui em nenhuma novidade. Desde a Constituição de 1934 (artigo 121, letra “j”), passando pelas de 1946 (artigo 157, XIII) e de 1967, emendada (artigo 165, XIV), foi consagrado na legislação constitucional pátria o reconhecimento das convenções e acordos coletivos.

Em outras decisões invocam-se máximas de interpretação. Sustenta-se que, se se admite, via negociação, a redução salarial, há de se admitir também a redução de qualquer outro direito, forte em que “quem pode o mais, pode o menos”.

Argumenta-se, em sentido contrário, que máximas de direito são velharias, que em nada auxiliam na solução de problemas jurídicos; ademais, nem sempre se sabe com segurança o que é o “mais” e o que é o “menos”, além do que não necessariamente o “mais” permite que se faça o “menos”. Diz-se ainda que regras limitadoras de direitos, como o é a que permite redução salarial, não podem ser interpretadas estritamente, pelo que aquela regra deve ser aplicada exclusivamente à hipótese de que trata, sem ser projetada para regular outras situações. Finalmente, sustenta-se que a proibição de negociação para reduzir o intervalo mínimo para alimentação e repouso tem raízes na medicina e higiene do trabalho que, evidentemente, se apresenta como um “mais” em relação a quaisquer vantagens pecuniárias.

2 - Nesses escritos tentar-se-á resolver o problema pelo ângulo do Direito Constitucional, confrontando o princípio que orienta a liberdade de contratar das entidades sindicais e o da proteção à saúde, colisão essa posta por regra convencional.

3 - Mozart Victor Russomano ensina que os “intervalos impostos pela lei dentro da própria jornada têm por escopo desviar a atenção do empregado do trabalho desenvolvido por várias horas consecutivas, de lhe diminuir a fadiga, de lhe permitir a alimentação (Pozzo, *Derecho del Trabajo*, segundo volume, p. 175).” (*Comentários à CLT*, Forense, 1990, 13ª edição, p. 120).

* Advogado.

O Colendo TST, em recente julgamento de ação anulatória proposta pelo MPT, pela SEDC, entendeu que é nula a convenção coletiva que reduz o intervalo para alimentação e repouso.

O acórdão está assim ementado: “A manutenção do intervalo mínimo intrajornada encontra respaldo no fato de que o trabalho desenvolvido longamente pode levar à fadiga física e psíquica, o que conduz à insegurança do trabalhador e, considerada a natureza de certas atividades, à insegurança de terceiros e patrimônio das empresas e do Estado, sendo certo que a redução de acidentes de trabalho está relacionada à capacidade de atenção do trabalhador no serviço.”... “Admitir a redução do intervalo para descanso e alimentação desses trabalhadores é colocar em risco a sua vida e a dos outros. A Constituição Federal de 1988 admite a flexibilização do salário e da jornada dos trabalhadores, desde que garantida a manifestação dos trabalhadores por intermédio de assembléia devidamente convocada. Todavia, em se tratando de normas relacionadas à medicina e segurança do trabalho, estão fora da esfera negocial dos sindicatos, por serem de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes e revestirem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, em oposição ao princípio da autonomia. Recurso Ordinário conhecido e provido.” (TST-ROAA 74060/2001.7, rel. Min. Rider de Brito, publ. in *Revista Gênese*, v. 109, janeiro/2002, p. 81, destaque não existente no original)

No voto condutor, lê-se: “Nem toda negociação coletiva resulta em um produto lícito, porquanto se as entidades sindicais extrapolam o seu poder negocial e esse instrumento, decorrente da própria negociação, vulnerar preceitos de ordem pública, inderrogáveis pela vontade dos ‘contratantes’, não pode prevalecer. A saúde e a segurança do trabalhador são indisponíveis, estando, pois, fora do âmbito de negociação pelos sindicatos, ainda que a assembléia legitimadora tenha contado com a participação da totalidade dos associados. A lei protege o trabalhador contra a sua necessidade e a sua própria ganância, que concorda com redução do seu intervalo em detrimento de sua segurança e da sua saúde.” (p. 83)

No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma daquele Tribunal, no TST-RR 531.15/99.0, rel. Min. Ronaldo Leal, acórdão publicado na íntegra na *Revista Gênese*, v. 105, pp. 413/417, adotando o entendimento de que o intervalo para alimentação e repouso não pode ser objeto de negociação por envolver questão afeta à segurança e medicina do trabalho.

No artigo sexto da Constituição Federal está concebida a saúde como um direito de todos e dever do Estado.

Observa Sebastião Geraldo de Oliveira que é inadequado o enunciado “direito à saúde”, ante a impossibilidade de a ordem jurídica tutelar um bem muitas vezes inalcançável.” (in *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, LTr, 1996, p. 70). Por isso, sugere o autor, a exemplo do direito comparado, como mais apropriada a expressão “direito à proteção à saúde”, que será aqui adotada.

De qualquer forma não é o Direito apto a tutelar a saúde, a menos que se entenda que tal tutela se concretize nas reparações previstas na lei civil, como o que ocorre na lesão de outros bens da vida por ato de terceiro. Ademais, se há direito à saúde, poder-se-ia concluir, erradamente, que deveria existir uma obrigação correlata que ninguém, nem mesmo o Estado, teria condições de solvê-la.

Dentro desse enfoque, o que efetivamente pode ser objeto de tutela jurídica é a garantia de fornecimento de meios para prevenir a integridade da saúde, para

recuperá-la, bem como para reduzir ou eliminar os agentes que a agridam. E é exatamente isso que a Constituição Federal e leis ordinárias determinam.

É certo que a obrigação da proteção à saúde não é somente do Estado.

Não se pode interpretar o artigo 196 da Constituição Federal entendendo o direito à proteção da saúde como correspondente à obrigação do Estado, isto é, exaure-se todo aquele direito na contrapartida obrigacional do Estado.

A obrigação é também do empregador. Aliás, maior é a sua responsabilidade, pois todo o risco a que se expõe o trabalhador na prestação de serviços deriva do exercício de uma atividade em prol daquele, não sendo aceitável o argumento de que a remuneração compensa o mesmo risco ante a imensurabilidade do valor saúde. O “bom juiz” Magnaud observava que, enquanto uns arriscam seu capital, outros arriscam a vida.

De qualquer forma, como dever do Estado ou do empregador na proteção da saúde, é certo que o direito a essa proteção dada ao empregado, seja enquanto tal, seja pelo só fato de pertencer ao gênero humano, tem plataforma em princípio constitucional, normatizado no já referido artigo sexto da Carta Magna.

4 - É nesse ponto que a solução do problema da redução do horário para alimentação e repouso se desloca para o campo constitucional.

Têm-se dois princípios positivados na Constituição Federal: o da proteção à saúde (artigo sexto da CF) e o da autonomia dos sindicatos na disposição sobre direitos trabalhistas (inciso III do artigo oitavo da CF). Esses dois princípios, no caso da redução do intervalo para alimentação e repouso, são postos em colisão pela regra criada pelas entidades sindicais.

Com efeito, se a redução do intervalo aquém do mínimo põe em risco a saúde, por ser esse mínimo medida de higiene do trabalho, e é ele reduzido com autorização na autonomia da vontade, surge o conflito de princípios constitucionais.

5 - Ruy Samuel Espíndola, examinando trabalho de Floriano P. de Azevedo Marques, diz que, para esse autor, é inquestionável a tese de que qualquer sistema jurídico apóia-se sobre um conjunto de princípios e que a composição desse sistema, necessariamente, deverá ser feita por princípios e regras, sendo que se fosse composto somente das últimas não poderia ser entendido como sistema. São os princípios padrões de referência que conforma o sistema jurídico que, positivados ou não, delimitam e dotam de racionalidade sistêmica um determinado ordenamento jurídico. Pressupõe a existência de princípios positivados ou não, ou seja, expressos ou implícitos. (*Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 161).

Segundo ainda o professor de Santa Catarina, ainda de acordo com o enfoque de Floriano P. de Azevedo Marques, na solução do conflito de princípios o critério será material, critério de peso. Observa, entretanto, que um princípio prevalente em dada hipótese poderá ser afastado frente a outra, caso a situação conjuntural se mostre diferente ou exija outras pautas principais para resolubilidade. (*idem*, p. 163).

Paulo Bonavides, citando Robert Alexy, explana que princípios e regras são normas, destacando que o “critério” mais freqüente para distingui-las é o da generalidade; os primeiros são normas dotadas de alto grau de generalidade e as últimas de “grau relativamente baixo de generalidade”. (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1998, 7ª edição, p. 231).

O mesmo constitucionalista, ainda com base em ensinamento de Robert Alexy, mostra a forma distinta de solução na colisão de princípios e de regras.

“Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula”, é a lição de Alexy transcrita por Paulo Bonavides. Isto é, a colisão entre regras fica no plano da validade. Já no plano da colisão de princípios, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor. (*idem*, p. 251).

Tem-se resolvido a colisão entre direitos fundamentais pelo princípio da proporcionalidade, tal como o denomina a quase totalidade dos autores. Não obstante, registre-se o entendimento de Luís Virgílio Afonso da Silva que, concordando com a observação de Humberto Bergmann Ávila, sustenta que, na divisão de Robert Alexy - os princípios e as regras como as categorias jurídicas das normas - haver-se-ia de ver o método como regra e não como princípio, já que é aplicado de forma constante, sem variações, ao contrário desse último. Mas admite a predominância da doutrina de tomar-se a referida norma como “princípio da proporcionalidade”, posição que é adotada nesses escritos. (“O proporcional e o razoável”. In *Revista dos Tribunais*, número 798, abril 2002, p. 33).

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 não contemplou o princípio da proporcionalidade no seu texto, mas observa Willis Santiago Guerra Filho que “tal não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no parágrafo segundo, do artigo quinto: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.’” (*Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Porto Alegre: ed. Síntese, 1999, p. 44).

Sustenta ainda Willis Santiago Guerra Filho que o princípio da proporcionalidade corresponde a um direito ou garantia individual, argumentando que, como o princípio da isonomia, buscam, aquele e este, o “aperfeiçoamento daquele ‘sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana, como refere Rui Barbosa às garantias constitucionais em sentido estrito.” (*idem*, p. 44).

Sobre a colisão de princípios, o mesmo constitucionalista registra que o prevalecer de um sobre outro não significa que o último perca a sua validade jurídica e deva ser derogado. É exatamente numa situação em que haja o conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o “princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e se desatende o mínimo possível o outro princípio.” (*idem*, p. 53).

6 - A doutrina nacional admite sem controvérsia a existência de três elementos, subprincípios ou sub-regras dependendo da preferência terminológica, em que se apóia o princípio da proporcionalidade. São eles a adequação do ato estatal, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Luís Virgílio Afonso da Silva destaca a importância da forma de passar o ato estatal, no exame da proporcionalidade, por uma determinada ordem. Segundo ele, haveria, entre esses elementos, uma relação de subsidiariedade, pela qual nem sempre seria necessário confrontar o ato com todos aqueles subprincípios. Assim, a

análise da adequação precede à da necessidade, que por sua vez, precede à da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode esgotar-se com o simples exame da adequação do ato estatal.

Robert Alexy, depois de observar que “valores ou princípios têm costume de colidir” fala em Lei de Ponderação. Essa lei dispõe que “quanto mais alto é o grau de não-realização ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância da realização de outro.” (“Direito Constitucional e Direito Ordinário...”. In *Revista dos Tribunais*, v. 799, maio de 2002, p. 35, tradução de Luís Afonso Heck).

Ilustrando seu pensamento, Robert Alexy narra o caso de filhos ilegítimos, julgado pelo Tribunal de Segunda Instância de Münster, que reconheceu o direito deles à informação sobre a identidade dos homens que coabitavam com a mãe, fazendo preponderar o direito alimentício e o de herança dos filhos sobre o direito à privacidade da mãe.

Anota J.J. Gomes Canotilho que todas as normas da constituição têm o mesmo peso, embora admita se sustente que a própria constituição “encerra uma ordem hierárquica de bens”. Registra ainda que a “teoria da concordância prática” orienta para “uma otimização equilibrada e equalizante, de modo a assegurar a eficácia” dos princípios em conflito (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 200). Sustenta que essa teoria é a única que evita a “fuga dos problemas metódicos-constitucionais para os planos metafísicos da ordem de valores, com a conseqüente tirania dos valores.” (*idem*, pp. 199/200).

7 - O princípio da proporcionalidade tem origem no Direito alemão, admitindo-se, ali, a sua aplicação a todos os ramos do direito.

No sentido de amplitude da aplicação, leciona Robert Alexy que os direitos fundamentais vinculam todos os três poderes. Como princípios ou valores eles podem ser correspondentes em toda a parte, chegando a haver ubiquidade dos direitos fundamentais que se irradiam para “todos os âmbitos do direito”. (“Direito Constitucional e Direito Ordinário...”, p. 35).

No Direito Civil pátrio, aponta Willis Santiago Guerra Filho a incidência do princípio da proporcionalidade nas hipóteses da autotutela para resguardar o patrimônio ameaçado, de limitação ao direito de propriedade e da liberdade de contratar e da fixação do montante de uma indenização (mesma obra citada, pp. 56/57).

Relata Willis Santiago Guerra Filho decisão da mais alta Corte trabalhista da Alemanha. Segundo ele, o Tribunal “se valeu do ‘mandamento da proporcionalidade’ em 1971, para determinar a intensidade com que as partes envolvidas numa luta salarial podem se empenhar para atingir seus objetivos, apesar da forte resistência da doutrina em aceitar a ‘importação’ de uma figura jurídica do Direito Público para tratar uma relação jurídica privada, como é aquela trabalhista. Com acerto, porém, o então presidente do Tribunal Federal do Trabalho, Gerhard Möller, adiantou que a luta trabalhista diz respeito ao bem-estar da comunidade, ao envolver não só os trabalhadores e seus familiares, mas também, em princípio, a sociedade como um todo.” (*op. citada*, p. 56).

Observa ainda esse autor que o *Bundesarbeitsgericht* em manifestação posterior considerou que o princípio da proporcionalidade tem validade para o Direito do Trabalho (*idem*, p. 56).

No Brasil, o princípio da proporcionalidade passou a ser cuidado no Direito Administrativo, migrando para o Direito Constitucional, e vem alcançando todos os ramos do Direito, inclusive o Direito do Trabalho, como atesta decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, no julgamento de agravo de petição em que estavam em jogo dois direitos fundamentais, reconhecendo-se o direito do reclamante em promover a penhora em proventos de aposentadoria do reclamado (“Direito e processo”. In *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro: Anamatra-Forense, 2002, v. II, pp. 307/312).

8 - Os princípios constitucionais fazem parte de um sistema, têm pouca densidade normativa e possuem significativo grau de vagueza, tudo isso por serem princípios mesmos. Percebe-se, pois, que a sua colisão vai ocorrer quando atos do Executivo, do Legislativo e até do Judiciário os colocarem em confronto; vale dizer, não há colisão de princípios fora do agir do Estado; não há colisão no plano puro dos princípios constitucionais.

9 - Nesses escritos se sustenta que há colisão de princípios constitucionais, provocada por convenções e acordos coletivos, em que se reduz o intervalo para alimentação e repouso.

A primeira questão a enfrentar é a natureza jurídica da convenção ou do acordo coletivo, já que se poderia afirmar que regras criadas pelas entidades sindicais não são ato estatal.

De princípio, inexistente diferença de substância entre convenção e acordo coletivo; a que existe é de alcance, valendo notar que, dependendo do número de empregados de uma empresa, pode a primeira abranger número maior de membros de determinada categoria profissional do que o de uma convenção.

Eduardo Gabriel Saad conceitua a convenção coletiva como sendo um “contrato composto que produz efeitos normativos e obrigacionais. É a convenção coletiva um processo de produção de normas jurídicas. Pressupõe uma estrutura de poder, capaz de garantir o adimplemento das normas geradas por um pacto coletivo.” (*Constituição e Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1989, p. 149).

Outro grande juslaborista pátrio, Arnaldo Süssekind, leciona: “Daí, concluir, acertadamente, Délio Maranhão que ‘este duplo aspecto da convenção coletiva levamos necessariamente a uma concepção dualista de sua natureza jurídica. O ato jurídico é um só. Mas não é só contrato, nem só ato-regra. É, por isso, uma figura *sui generis*: normativa, por um lado, contratual, por outro. Um contrato normativo que não se enquadra nos moldes clássicos do contrato’. Na verdade - e para repetir frase atribuída a Carnelutti, um ato jurídico híbrido, com forma de contrato e alma de lei.” (*Direito Constitucional do Trabalho*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1999, p. 414).

Na verdade, parece que há uma dualidade, mas perfeitamente individuados o “contrato” e a “lei”, consubstanciados na convenção, no enfoque de envolvimento de cada um dos interessados.

É contrato para as partes convenientes ou acordantes, tendo suas cláusulas natureza autônoma naquilo que diz respeito aos interesses da categoria ou mesmo próprios das entidades partícipes (exemplos desses últimos a instituição de contribuição confederativa, a garantia de emprego a membros do sindicato sem essa proteção legal, etc.).

É lei, ou tem alma de lei, na execução do contrato individual de trabalho de cada membro da categoria, tendo, assim, as cláusulas das convenções ou acordos coletivos natureza heterônoma no contrato individual, observando-se que nem sempre é coincidente a vontade do empregado com o manifestado e ajustado pela entidade que o representa.

A Constituição Federal, ao reconhecer a validade da produção de normas jurídicas através das entidades sindicais (artigo sétimo, inciso XXVI), deu *status* de lei ao que por sua própria natureza já o tinha. Com efeito, se pela generalidade das disposições clausuladas já se vislumbra nas convenções “alma de lei”, o princípio da garantia de reconhecimento delas, emprestando-lhes o caráter de obrigatoriedade, afasta qualquer dúvida sobre aquele *status*.

10 - Tendo-se como regras jurídicas as cláusulas convencionais, a convenção coletiva pode provocar colisões entre princípios a serem solvidas pelo princípio da proporcionalidade.

Se se toma a convenção ou acordo coletivo como uma unidade, onde não se pode questionar qualquer uma de suas cláusulas, por força do princípio constitucional que garante o reconhecimento do ajustado, tem-se, de outro lado, o princípio, também em nível constitucional, que garante, como direito social, a proteção à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal).

Como já observado, o conflito se estabelece pela normatização de um princípio através de regra jurídica que, pela sua aplicação, faz surgir uma situação de prevalência daquele princípio em prejuízo de um outro.

O caso inspirador desses escritos, como se percebe, foi veiculado em uma reclamação trabalhista em que se pedia pagamento de indenização pela redução do intervalo para alimentação e repouso para trinta minutos, redução essa efetivada via acordo coletivo.

A presidente da entidade representante da categoria profissional promoveu uma assembléia para examinar a proposta de redução pela empresa, inicialmente não aceita nem pelo sindicato, nem pela dirigente.

As conseqüências pela não aceitação, conforme disposição da empresa, seriam a instituição de mais um turno e a diminuição de salário dos empregados do último turno. Isto é, nenhuma vantagem trouxe o acordo coletivo aos empregados; a sua aceitação foi movida pela perspectiva de prejuízo salarial futuro.

Como ocorre com a lei *lato sensu*, aquelas razões não foram levadas para o texto do acordo coletivo, o que deu à regra jurídica gerada pelo ajuste a vagueza adequada para abarcar outras hipóteses que não a inspiradora do mesmo acordo.

11 - Como já afirmado desde o início dos presentes escritos, ocorreu no caso inspirador relatado colisão de dois princípios positivados na Carta Magna. De um lado, está a proteção à saúde do trabalhador, de outro a liberdade das entidades sindicais de estabelecerem condições de trabalho, sem ingerência do Estado.

Duas observações agora devem ser feitas.

A primeira é a de que convenções e acordos coletivos não podem respirar fora do ordenamento jurídico, estabelecendo, em nome da liberdade de ajustar condições de trabalho, regramentos sem limites, o que até a lei desconhece. Em linguagem que vai saindo de uso, diz-se que há, para as convenções e acordos

coletivos, limitações impostas por disposições de “ordem pública”, expressão de conteúdo semântico impreciso que em nada auxilia na solução do problema.

A segunda observação diz respeito a não alusão do acordo coletivo enfocado ao caso que buscava tratar. Essa ausência, típica da lei como já dito, possibilita abranger outras situações que efetivamente poderiam emprestar validade àquela regra da redução. Por isso é que alguns autores sustentam que, na colisão entre princípio e regra, resolve-se a questão no plano da validade da regra, já que uma não pode contrariar outra, mas a mesma regra tida como inválida frente a um princípio, em situação com pressupostos fáticos distintos daquela examinada, pode ser válida e aplicada.

Trazendo esse entendimento para o caso da redução do intervalo para alimentação e repouso, com o fim de torná-lo mais claro, imagine-se a hipótese a seguir descrita.

Como afirmado, a redução se deu para evitar a ampliação do quadro de empregados e a redução salarial, não constando do acordo coletivo que essa limitação ficaria restrita àqueles casos. Imagine-se, então, que a indústria seja farmacêutica e fabricante de vacinas, com pessoal altamente qualificado. No caso de uma epidemia que exigisse um grande aumento no número de vacinas, poder-se-ia, para reduzir ao mínimo uma inevitável ociosidade dos equipamentos e aproveitar ao máximo a mão-de-obra qualificada, implementar a redução do intervalo, tudo com o fim de satisfazer a demanda e conseqüentemente fomentar ou alcançar a proteção à saúde pública.

Nessa hipótese, a regra da redução do intervalo para refeição seria válida, porque, afinal, convergiria a sua aplicação com o princípio da proteção à saúde, que alcança a todas as pessoas, empregados ou não. Nessa mesma hipótese, a assumida possibilidade de dano à saúde seria, usando-se da linguagem do Direito Penal, um “risco permitido”.

12 - Todavia, o que interessa ao presente artigo é a colisão dos dois princípios já mencionados: o da proteção à saúde e o da liberdade de criar regras pelas entidades sindicais.

A solução aqui proposta para o conflito é a aplicação do já mencionado princípio da proporcionalidade que, como já dito, exige a presença de três elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por ser extremamente clara, adota-se a técnica de aferição desses elementos adotada por Luís Virgílio Afonso da Silva, no seu trabalho acima mencionado.

Confere-se, em primeiro lugar, se a redução do intervalo para alimentação e repouso foi medida adequada para evitar aumento do quadro e a redução salarial.

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, “no Brasil o conceito difundido de adequação sugere que o meio adotado pelo legislador deve ser apto para alcançar o resultado pretendido.” (*in op. citada*, p. 36).

Afirma o autor que Gilmar Ferreira Mendes, tomando decisão do Tribunal Constitucional alemão, conceituou a adequação como o meio próprio que, com sua utilização, possibilita alcançar o evento pretendido (*ibidem*, p. 36).

Entretanto, Luís Virgílio Afonso da Silva aponta imprópria tradução do verbo *fördern*, adotado na referida decisão. Segundo seu entender, melhor se traduz o verbo para “fomentar” e não para “alcançar”, o que conceituaria adequação como meio utilizado para fomentar o objetivo pretendido. E conclui que “uma medida

somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribui em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.” (*idem*, pp. 36/37). Em outras palavras, mesmo que a medida não alcance a realização do objetivo, mas é própria ao fomento desse, é a medida adequada.

A medida que reduziu o intervalo para refeição e descanso, traduzida em acordo coletivo, há de passar pelo teste da aptidão para fomentar ou alcançar o resultado pretendido.

Parece não haver dúvida que a medida é apta para alcançar os objetivos, quais sejam, evitar aumento de um turno de trabalho e a redução de salário dos trabalhadores do último turno.

Ultrapassada a primeira etapa da adequação da medida adotada pelo acordo coletivo, verifica-se se essa era necessária ao fim desejado.

Assim expressa Luís Virgílio Afonso da Silva o conceito de necessidade: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” (mesma obra, p. 38).

Aqui se indaga se a medida era necessária, frente à existência de outros meios disponíveis e capazes de atender aos objetivos da mesma medida com agressão menos intensa ao direito à preservação da saúde.

O objetivo da redução era, repita-se, evitar para o empregador um indesejado aumento do quadro de pessoal e uma prejudicial redução salarial.

Discordando ou não do comportamento da empresa, o fato é que não se vislumbra uma outra medida que alcance os objetivos daquela posta em discussão e com menor intensidade de agressão ao princípio violado, mesmo porque, para se concluir diferentemente, haver-se-ia de se imiscuir na administração da empresa, questionando diretrizes de gerência, o que seria totalmente impraticável.

Passando pelo teste da necessidade, há a medida regrada no acordo coletivo de satisfazer o requisito da proporcionalidade em sentido estrito.

Sempre tomando-se lição de Luís Virgílio Afonso da Silva, conceitua-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito como um processo de “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (*idem*, p. 40).

Para que uma medida seja considerada “desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.” (mesma obra, p. 41).

Sob esse enfoque, a medida que reduziu o intervalo para alimentação e repouso não pode prevalecer.

No embate dos dois princípios - proteção à saúde e liberdade para criar condições de trabalho - a medida, não obstante adequada e necessária, não guarda a devida proporcionalidade entre o sacrifício de um direito fundamental e o atendimento de outro, ante o peso da garantia da proteção à saúde.

O aumento dos lucros ou mesmo a manutenção de seus níveis mínimos para a sobrevivência da empresa, ainda que confira à medida a “necessidade”, não tem peso suficiente para admitir-se a agressão à saúde dos trabalhadores, ainda que em número inexpressivo dentro do quadro de empregados.

Não há uma mera e longínqua possibilidade de dano, um risco remoto. A fadiga é uma das maiores causas de acidentes do trabalho.

Como observa Günther Jacobs, “numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos; numa sociedade de liberdades não se pode fundamentar a liberdade de comportamento às expensas dos demais.” (*A Imputação Objetiva no Direito Penal*, tradução de André Luís Callegari, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 38).

Se a empresa somente sobreviveria com o sacrifício de direito fundamental de tamanho peso - a proteção à saúde - e considerando que outras empresas concorrentes não tomaram medida idêntica, há de se concluir pela inviabilidade econômica daquela empresa, pouco importando se tal inviabilidade derive ou não de culpa ou de má administração de seus gerentes.

O que não se admite é que se possa sacrificar o direito à proteção à saúde em benefício da atividade econômica, valendo lembrar que quase sempre é a saúde o único bem terreno do trabalhador.

13 - Por todo o exposto, conclui-se que o acordo coletivo que reduziu o intervalo para alimentação e repouso, com o fito de evitar aumento do quadro de empregados e redução salarial de pessoal de determinado turno, não pode subsistir e que, *data venia*, a decisão do E. Tribunal Regional do Trabalho que inacolheu a pretensão do reclamante de receber indenização pela referida redução, não deu a melhor solução à lide.