

Revista **TRT6** ELETRÔNICA do

R e c i f e P E . 2 0 1 5 Nº 41

ISSN
0524-4102

**DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS**
Eneida Melo Correia de Araújo

PÁG. 21

**HORAS EXTRAS PELA SUPRESSÃO
DOS INTERVALOS E PAUSAS:
POR UM OLHAR SISTÊMICO**

José Antônio de Oliveira Silva

PÁG. 127

**JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS
ATUALIZADAS DO TRT6**

PÁG. 172

TRT6
Justiça do Trabalho



EJTRT6

Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

COORDENAÇÃO EDITORIAL

**Escola Judicial
do Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região
(EJ-TRT6)**

**Des. Pedro Paulo Pereira
Nóbrega**
Diretor

Juiz Rodrigo Samico Carneiro
Coordenador-Geral

EQUIPETÉCNICA

Gutemberg Soares
Jornalista DRT- PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos
Bibliotecária

capa, projeto gráfico
e diagramação
Andréa Alcantara

diagramação
Gilmar Rodrigues

foto da capa
Stela Maris

APOIO

Servidores da Escola Judicial do TRT da Sexta Região (EJ-TRT6)

CORRESPONDÊNCIA

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.

CEP: 52.041-430

Telefone: (81) 3242-0206 / (81) 3225-3429 (unidade Cais do Apolo)

E-mail: revistaeletronica@trt6.jus.br

Copyright 2009 by TRT da 6ª Região-PE

É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes desta Revista, desde que seja citada a fonte.

Revista do TRT 6ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 6ª
Região, Escola Judicial (EJ-TRT6). - Ano 1, n. 1 (out.
1967) - Recife: O Tribunal, 1967 -
v.

Anual

Ano 1 - 9, n. 1 - 24, 1967 - 1982. Ano 10 - , n. 25 - ,
1998 - .

1. Direito do trabalho - periódico.

CDD 341.605

Coordenação Editorial

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)

Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Desembargador Diretor

André Genn de Assunção Barros
Desembargador Vice-Diretor

Rodrigo Samico Carneiro
Juiz Coordenador-Geral

Juízes Coordenadores-Adjuntos:

Luciana Paula Conforti

Lucas de Araújo Cavalcanti

Renata Conceição Nóbrega Santos

Conselho Consultivo:

Desembargadora Gisane Barbosa de Araújo (Presidente do TRT6)

Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega (Diretor da EJ-TRT6)

Desembargador André Genn de Assunção Barros (Vice-Diretor da EJ-TRT6)

Desembargador Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Juiz Agenor Martins Pereira

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

EQUIPE TÉCNICA

Gutenberg Soares
Jornalista DRT-PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos
Bibliotecária

CAPA, PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Andréa Alcântara
Gilmar Rodrigues

FOTO DA CAPA

Stela Maris

APOIO

Servidores da Escola Judicial do TRT da Sexta Região (EJ-TRT6)

CORRESPONDÊNCIA

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.

CEP: 52.041-430

Telefone: (81) 3242-0206 / (81) 3225-3429 (unidade Cais do Apolo)

E-mail: revistaeletronica@trt6.jus.br

Sumário

Apresentação 6

Composição 9

Doutrina 21

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Eneida Melo Correia de Araújo 21

2 AS LEIS 12.619/2012 E 13.103/2015 QUE DISCIPLINAM A PROFISSÃO DE MOTORISTA - QUESTÕES CONTROVERSAS

Tereza Aparecida Asta Gemignani
Daniel Gemignani 53

3 A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O PLURALISMO JURÍDICO

José Augusto Segundo Neto 75

4	O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E O SEU GARANTE CONSTITUCIONAL: ESTUDO EM HOMENAGEM À JUÍZA DO TRABALHO LÚCIA TEIXEIRA DA COSTA OLIVEIRA.	
	Renata Conceição Nóbrega Santos	87

5	O (DES) CAMINHO DO RETROCESSO NA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO NO BRASIL: CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO E PROJETOS DE LEI DESCONEXOS	
	Luciana Paula Conforti	99

6	FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL: SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL	
	José Soares Filho	114

7	HORAS EXTRAS PELA SUPRESSÃO DOS INTERVALOS E PAUSAS: POR UM OLHAR SISTÊMICO	
	José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva	127

Jurisprudência

Acordãos	172
----------	-----

Súmulas	225
---------	-----

Apresentação

Prezado leitor,

Prosseguindo com o seu objetivo de aperfeiçoar a eficácia da prestação jurisdicional, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (EJ-TRT6) desenvolve, em crescentes demandas cotidianas, atividades que têm como objetivo auxiliar os magistrados em sua formação inicial e continuada.

Na esteira de sua missão institucional de fomentar o desenvolvimento cultural da magistratura, a Escola assumiu, em 2009, a coordenação editorial da “*Revista do TRT6*”, publicação que, tendo se consolidado no meio jurídico nacional, alcançou 40 (quarenta) edições no seu tradicional formato impresso – em forma de livro.

Retratando a pluralidade de ideias que permeiam as matizes do conhecimento jurídico, notadamente no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, esta publicação sempre reforçou o comprometimento do Tribunal Regional do Trabalho pernambucano com as mais variadas matizes do pensamento, alicerces do Estado Democrático de Direito.

Na tradição da “*Revista do TRT6*” enumeram-se relevantes aspectos doutrinários, fruto do trabalho e pesquisa de colaboradores, e que refletem a visão de tópicos relevantes da temática trabalhista, oriunda das mais diversas regiões do país.

Magistrados, advogados, servidores e bachareis sempre encontraram, em nossa publicação, um fórum democrático para lan-

çar suas teses e reflexões. Seguindo este desiderato, partimos para uma nova etapa, com a adoção do formato exclusivamente eletrônico.

Nesta recente edição, que agora passa a ser acessível online a partir de qualquer plataforma, institucional ou privada, o leitor será brindado com sete instigantes artigos doutrinários. A seção *Jurisprudência*, por sua vez, continua a destacar as recentes decisões do Sexto Regional, confirmando a já reconhecida qualidade intelectual dos magistrados da Sexta Região, trazendo no bojo de seus julgados uma visão de vanguarda, no entanto, com a preocupação de preservar o devido processo legal.

Ao apresentar uma nova revista à comunidade jurídica, desejo que sua primeira editoração no formato eletrônico obtenha tanto sucesso quanto a publicação sempre alcançou em seu tradicional formato impresso.

Uma boa leitura a todos.

Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Desembargador Diretor (EJ-TRT6)

Composição

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

PRESIDENTE

Gisane Barbosa de Araújo

VICE-PRESIDENTE

Virgínia Malta Canavarro

CORREGEDOR

Ivan de Souza Valença Alves

TRIBUNAL PLENO

Eneida Melo Correia de Araújo
André Genn de Assunção Barros
Ivanildo da Cunha Andrade
Gisane Barbosa de Araújo
Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Virgínia Malta Canavarro

Valéria Gondim Sampaio
Ivan de Souza Valença Alves
Valdir José Silva de Carvalho
Dione Nunes Furtado da Silva
Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Nise Pedroso Lins de Sousa
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
Maria do Socorro Silva Emerenciano
Sergio Torres Teixeira
Fábio André de Farias
Paulo Dias de Alcantara

Primeira Turma

PRESIDENTE

Maria do Socorro Silva Emerenciano

Desembargadores

Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Valéria Gondim Sampaio
Sérgio Torres Teixeira

Segunda Turma

PRESIDENTE

Fábio André de Farias

Desembargadores

Eneida Melo Correia de Araújo
Ivanildo da Cunha Andrade
Dione Nunes Furtado da Silva

Terceira Turma

PRESIDENTE

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Desembargadores

Valdir José Silva de Carvalho

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Quarta Turma

PRESIDENTE

Nise Pedroso Lins de Sousa

Desembargadores

André Genn de Assunção Barros

Paulo Dias de Alcantara

DESEMBARGADORA OUVIDORA

Eneida Melo Correia de Araújo

DIREÇÃO DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)

DESEMBARGADOR DIRETOR

Pedro Paulo Pereira Nóbrega

COORDENADOR-GERAL

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

COORDENADORES-ADJUNTOS

Luciana Paula Conforti

Lucas de Araújo Cavalcanti

Renata Conceição Nóbrega Santos

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargadora Presidente do TRT6, Gisane Barbosa de Araújo

Desembargador Diretor da EJ-TRT6, Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Desembargador Vice-Diretor da EJ-TRT6, André Genn de Assunção Barros

Desembargador Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Juiz Agenor Martins Pereira

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

JUIZES TITULARES DAS VARAS DO TRABALHO DE PERNAMBUCO (por ordem de antiguidade)

Maria das Graças de Arruda França – Vara de Limoeiro

Solange Moura de Andrade – 18ª do Recife

Daisy Anderson Tenório – 23ª do Recife

Milton Gouveia da Silva Filho – 6ª do Recife

Larry da Silva Oliveira Filho – 13ª do Recife

Carmen Lúcia Vieira do Nascimento – 7ª do Recife

José Luciano Alexo da Silva – 5ª de Jaboatão

Edmilson Alves da Silva – 22ª do Recife

Ana Cláudia Petruccelli de Lima – 4ª de Jaboatão

Aurélio da Silva – 2ª Nazaré da Mata

Hugo Cavalcanti de Melo Filho – 12ª do Recife

Martha Cristina do Nascimento Cantalice – 2ª de Olinda

Maria Consolata Rego Batista - 2ª de Paulista

Alberto Carlos de Mendonça – 20ª do Recife

Gilvanildo de Araújo Lima - 15ª de Recife

Mayard de França Saboya de Albuquerque - 2ª de Jaboatão

Maria do Carmo Varejão Richlin – 3ª Vara de Jaboatão

Fernando Cabral de Andrade Filho – 2ª de Igarassu
Sérgio Murilo de Carvalho Lins – 2ª Vara do Cabo
Marcílio Florêncio Mota – 1ª Vara de Paulista
Virgínio Henriques de Sá Benevides – 2ª Vara de Goiana
Robson Tavares Dutra – 1ª Vara de Nazaré da Mata
Hélio Luiz Fernandes Galvão – 5ª Vara de Recife
Ibrahim Alves da Silva Filho – 1ª Vara de Igarassu
Paula Regina de Queiroz Monteiro G. Muniz – 16ª Vara de Recife
Roberta Corrêa de Araújo Monteiro – 14ª Vara do Recife
Maria de Betânia Silveira Villela – 1ª Vara de Jaboatão
Ana Cristina da Silva – 1ª Vara de Olinda
Patrícia Coelho Brandão Vieira – Vara de São Lourenço
Amaury de Oliveira Xavier Ramos Filho – 2ª Vara de Ribeirão
Ana Catarina Cisneiros B. de Araújo – Vara de Vitória de St. Antão
Bartolomeu Alves Bezerra – 1ª vara so Cabo
José Wilson sa Fonseca – 2ª Vara se Caruaru
Marcelo sa Veiga Pessoa Bacallá – 3ª Vara se Goiana
Sérgio Vaisman – 4ª Vara se Recife
Walkíria Miriam Pinto se Carvalho – 17ª do Recife
Renata Lima Rodrigues – 9ª Vara do Recife
Rogério Freyre Costa – Vara de Escada
Roberto se Freire Bastos – 3ª Vara do Trabalho de Olinda
Agenor Martins Pereira – 3ª Vara de Carpina
Aline Pimentel Gonçalves – 3ª Vara de Recife
Ana Isabel Guerra Barbosa Koury – 10ª Vara de Recife
Renata Lapenda Rodrigues De Melo- 1ª Vara Ribeirão
Carla Janaína Moura Lacerda – Vara de Araripina
Antonio Wanderley Martins – 19ª Vara Recife
Andréa Keust Bandeira de Melo - 8ª Recife
Bernardo Nunes da Costa Neto - 2ª Barreiros
Andréa Cláudia de Souza – 2ª Recife
Plaudenice Abreu de Araújo Barreto Vieira – 21ª Vara Recife
George Sidney Neiva Coelho - 3ª Vara Petrolina
Patrícia Pedrosa Souto Maior - 1ª Recife
Guilherme de Moraes Mendonça - 1ª Vara Goiana
Ana Maria Soares Ribeiro de Barros - 3ª Vara Caruaru
Sohad Maria Dutra Cahu - Vara Garanhuns
Gustavo Augusto Pires de Oliveira - 11ª Vara Recife
Juliana Lyra Barbosa – 2ª de Ipojuca

Josimar Mendes da Silva Oliveira – 3ª de Ipojuca
Fábio José Ribeiro Dantas Furtado – 2ª Palmares
Tânia Regina Chenk Allatta – Vara de Catende
Luciana Paula Conforti – 1ª de Barreiros
Maria José de Souza – 1ª de Palmares
André Luiz Machado – 1ª de Petrolina
Ana Maria Aparecida De Freitas – Vara de Timbaúba
Walmar Soares Chaves – Vara Belo Jardim
Marília Gabriela Mendes Leite de Andrade – 2ª Vara de Petrolina
Márcia De Windsor Nogueira – 1ª Vara de Caruaru
Kátia Keitiane Da Rocha Porter) – 1ª Vara de Ipojuca
Rosa Melo Machado Rodrigues Faria – Vara de Serra Talhada
Regina Maura Maciel Lemos – Vara de Salgueiro
Vaga – Pesqueira

JUIZES SUBSTITUTOS (por ordem de antiguidade)

Cristina Figueira Callou da Cruz Gonçalves
Danielle Lira Pimentel Acioli
Ester de Souza Araújo Furtado
Cláudia Christina Santos Rodrigues de Lima
Gustavo Henrique Cisneiros Barbosa
José Adelmy da Silva Acioli
Saulo Bosco Souza de Medeiros
Ilka Eliane de Souza Tavares
Carla Santana de Souza Rodrigues
Vanêssa Zacchê de Sá
Maysa Costa de Carvalho Alves
Adriana Satou Lessa Ferreira Pinheiro
Ana Cristina Argolo de Barros
Armando da Cunha Rabelo Neto
Matheus Ribeiro Rezende
Laura Cavalcanti de Moraes Botelho
Lucas de Araújo Cavalcanti

Necy Lapenda Pessoa de Albuquerque de Zevedo
Gênison Cirilo Cabral
Joaquim Emiliano Fortaleza de Lima
Antônio Augusto Serra Seca Neto
Evellyne Ferraz Correia De Farias
José Augusto Segundo Neto
Ana Catarina Magalhães de Andrade Sá Leitão
Edson Luís Bryk
Renata Conceição Nóbrega Santos
Rafael Val Nogueira
Camila Augusta Cabral Vasconcelos
Cássia Barata se Moraes Santos
Miriam Souto Maior de Morais
Marta de Fátima Leal Chaves
Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara
Katharina Vila Nova de Carvalho Oliveira E Silva
Liliane Mendonça de Moraes Souza
Rodrigo Samico Carneiro
Danilo Cavalcanti de Oliveira
Roberta Vance Harrop
Germana Camarotti Tavares
Sarah Yolanda Alves de Souza
Adalberto Ellery Barreira Neto
Levi Pereira de Oliveira
Evandro Euler Dias
Edgar Gurjão Wanderley Neto
Sérgio Paulo de Andrade Lima
Mariana de Carvalho Milet
Lídia Almeida Pinheiro Teles
Leonardo Pessoa Burgos
Débora de Souza Silva Lima
Ana Carolina Bulhões Calheiros

Marília Leal Montenegro Spinelli
Gilberto Oliveira Freitas
João Carlos de Andrade e Silva
Camila César Corrêa
Wiviane Maria Oliveira de Souza
Maria Carla Dourado de Brito Jurema
Kévia Duarte Muniz
Thayse Sousa Bezerra de Carvalho
Pedro Leo Bargetzi Filho
Airam Clemente Torres de Araújo
Arthur Ferreira Soares

DIRETORES ADMINISTRATIVOS

SECRETÁRIO-GERAL DA PRESIDÊNCIA

Sérgio Ricardo Batista Mello

DIRETOR-GERAL DE SECRETARIA

Wlademir de Souza Rolim

SECRETÁRIA DO TRIBUNAL PLENO

Nyédja Menezes Soares de Azevedo

SECRETÁRIO DA CORREGEDORIA

Antônio Castilhos Pedrosa

ASSESSOR DA ORDENADORIA DE DESPESA

Juscelino Rodrigues de Carvalho

DIRETOR DA SECRETARIA DE AUDITORIA E CONTROLE INTERNO

Enoque de Souza e Silva Sobrinho

DIRETOR DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA

João André Pegado Ferreira

DIRETORA DA SECRETARIA DE GESTÃO DE PESSOAS

Katia do Rego Barros

DIRETOR DA SECRETARIA DE ORÇAMENTO E FINANÇAS

Flávio Romero Mendes de Oliveira

DIRETOR DA SECRETARIA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

João Adriano Pinheiro de Sousa

DIRETOR DE GESTÃO ESTRATÉGICA

Elisabete Duarte de Sousa Alves

COORDENADOR DE ENGENHARIA DE MANUTENÇÃO

Ricardo Rangel Araújo

COORDENADORA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Deyse das Graças Pereira da Silva Mendes

COORDENADOR DE MATERIAL E LOGÍSTICA

Murilo Gomes Leal Júnior

COORDENADOR DE PLANEJAMENTO FÍSICO

Cláudio Barreto Coutinho Bezerra de Menezes

COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL

Sérgio Mário do Nascimento Aguiar

COORDENADORA DE CONTABILIDADE

Ana Regina de Albuquerque Soares

COORDENADOR DE PAGAMENTO DE PESSOAL

Airton Costa Cavalcanti

**COORDENADOR DE SISTEMAS
DA SECRETARIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**
Henrique de Barros Saraiva Leão

CHEFE DA DIVISÃO DE SEGURANÇA, TRANSPORTE E TELEFONIA
Juliana Lima Bezerra

CHEFE DO NÚCLEO DE PRECATÓRIOS
Wilma Lúcia Silva

**CHEFE DO NÚCLEO DE DISTRIBUIÇÃO DOS FEITOS
DAS VARAS DO TRABALHO DO RECIFE**
Daniela Satou Lessa Ferreira

CHEFE DO NÚCLEO DE DISTRIBUIÇÃO DE MANDADOS JUDICIAIS
Neuraci de Deus Lima de Oliveira

**CHEFE DO NÚCLEO ADMINISTRATIVO
DO FÓRUM ADVOGADO JOSÉ BARBOSA DE ARAÚJO**
Abelardo Romão Nunes Filho

**CHEFE DO NÚCLEO DE CADASTRAMENTO,
AUTUAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA SEGUNDA INSTÂNCIA**
Valneide Maria Ferreira Cabral

CHEFE DO NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL
Eugênio Pacelli Jerônimo Santos

CHEFE DO NÚCLEO DE GESTÃO DOCUMENTAL E MEMÓRIA
Marcília Gama da Silva

SECRETÁRIA EXECUTIVA DA ESCOLA JUDICIAL
Verônica Tavares Cavalcanti

CHEFE DA DIVISÃO DE ENGENHARIA DE SOFTWARE DA STJ
Leonardo Pedrosa Regis

**CHEFE DA DIVISÃO DE INFRAESTRUTURA
DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Sérgio Limeira da Silva

**CHEFE DO NÚCLEO DE ANÁLISE E ESPECIFICAÇÃO
DE SISTEMAS DA STI**

Adilson Silva Andrade Júnior

CHEFE DO NÚCLEO DE RELACIONAMENTO DA STI

Aldemir Alves dos Santos

*Fontes: portal do TRT6 e
Seção de Atendimento a Magistrados (SAMG)*

atualizado até 15/10/2015

Doutrina

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Eneida Melo Correia de Araújo

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região
Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Índice dos Temas: 1. Introdução. 2. Direito Internacional dos direitos humanos – alguns traços de sua trajetória. 3. Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua afirmação como ramo autônomo do direito internacional. 4. Sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos. 5. A Organização Internacional do Trabalho e seu papel na promoção e efetivação dos direitos humanos. 6. Direitos Humanos na Constituição da República de 1988. 7. Aplicação judicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Normas trabalhistas 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Princípios se equivalem, notadamente em face da inequívoca inserção nas Cartas Constitucionais da pauta internacional de direitos que consagram a

dignidade, a igualdade, a liberdade, a segurança dos indivíduos, impondo aos Estados defendê-los e efetivá-los.

Direitos Humanos significa, sobretudo, os direitos de cidadania e da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o pluralismo político, bens que se acham de acordo com as idéias do Constitucionalismo social, iniciado no século XX, no bojo do Estado do Bem-Estar Social.

Os Direitos Humanos podem ser traduzidos como direitos mínimos de liberdade, igualdade, sobrevivência e de dignidade do homem. São reivindicações formuladas no curso da história e que conseguiram obter um reconhecimento universal, afirmando-se como direito perante o Estado e a sociedade.

Não existe, assim, uma definição técnica adequada para envolver todo o seu conteúdo, notadamente porque os Direitos Humanos detêm uma característica histórica, evolutiva, amparados que estão no princípio do não retrocesso social.

Por sua vez, a promoção e proteção dos Direitos Humanos deve ser objetivo dos estados nacionais e do direito internacional. A par destes aspectos, os Direitos Humanos aprimoram a democracia e, como um dado indissociável, somente se concretizam e se ampliam em um Estado em que a democracia seja efetivamente social.

2. Direito Internacional dos direitos humanos – alguns traços de sua trajetória

Lembra Flávia Piovesan que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) representam os marcos iniciais do processo de internacionalização dos Direitos Humanos. Nestes três planos, os objetivos seriam assegurar padrões globais mínimos para as condições de trabalho no mundo, a fixação de objetivos internacionais para a manutenção da

paz e segurança internacional, e, finalmente, a proteção de direitos fundamentais em situações de conflito armado ¹.

Uma riqueza de documentos gerados por organizações internacionais permite que se considere correta a demarcação temporal promovida por Flávia Piovesan acerca da consolidação do Direito Internacional dos Direitos. Ela tem seu marco histórico nos meados do século XX, em face da Segunda Guerra Mundial ².

Os documentos internacionais produzidos a partir do Tratado de Paz, primaram pela consagração da igualdade substancial, proteção ao cidadão, reconhecimento da dignidade de todos os homens como pressupostos da liberdade, justiça e paz no mundo.

É relevante lembrar que a Organização das Nações Unidas, em sua Carta de 1945, exortou as nações ao fortalecimento do sistema de proteção e garantia dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

E, efetivamente, desenvolveu-se, desde então, um grande movimento, capaz de construir padrões comuns, mediante declarações internacionais, tratados e pactos, no sentido de reconhecer que todos os indivíduos têm direitos e que os governos nacionais deveriam proteger e efetivar.

No plano internacional e na órbita interna de cada nação a preocupação de se estabelecerem responsabilidades dos Estados em relação aos seus nacionais e aos estrangeiros que estiverem no território desses países é um dado inafastável.

No Direito Internacional, portanto, uma nova concepção surgiu. Afirmou-se que todos os Estados deveriam se dedicar a garantir os direitos das pessoas sob sua jurisdição e daquelas que se

1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1997, pp. 132-136.

2 Idem, *Ibidem*. *Cit.*, p.40.

encontrassem sob o jurisdição de outros países. Em outras palavras, assegurar os direitos humanos não era mais interesse apenas do Estado perante seus cidadãos, passando a dizer respeito à comunidade internacional, com regramento pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Também se registra o elastecimento do sistema democrático nos países do ocidente. E a compreensão do terror trazido pelo regime nazista sobre a humanidade teve como resposta internacional a necessidade de serem assegurados os direitos de personalidade e da dignidade do homem. A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo das constituições no século XX.

3. Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua afirmação como ramo autônomo do direito internacional

A partir do momento em que é afirmado ser o homem o centro da normatividade no Estado democrático de direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também é reputado como um ramo autônomo do direito, com sujeitos, características e objetivos próprios.

Esse novo direito estabelece para os Estados que sejam parte nos Tratados e Declarações de Direitos Humanos obrigações dos governos para com os seus cidadãos e perante os estrangeiros.

As normas jurídicas geradas fixam padrões de comportamento para os Estados e criam mecanismos, mediante os quais Estados, grupos de indivíduos, organizações e, em algumas ocasiões os próprios indivíduos, passam a deter direito de comunicação, petição e queixa perante os organismos internacionais.

Reconhece-se que esse Direito, consolidado a partir de um movimento internacional após as duas guerras mundias, fez nascer nos Estados e nos indivíduos a convicção de que é de interesse

universal conhecer e cuidar da forma de tratamento de todos os seres humanos.

Esse Direito Internacional revela-se, ainda, como um elemento fundamental para que se possam consolidar a paz, o desenvolvimento sustentável, a prosperidade, ao abolir o ideário de soberania estatal absoluta, a qual, na realidade, jamais existiu.

Com o reconhecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos o homem, o indivíduo, é o centro ou sujeito desse direito, tendo a noção e a extensão da soberania nacional sido interpretada de acordo com esse novo paradigma.

Ademais, parte-se do pressuposto de que, ao afirmar e garantir os direitos humanos assegura-se a soberania nacional. E mais: que é preciso que todos os Estados adotem um padrão de comportamento que lhes confira legitimidade, o que exige a inserção em suas ordens jurídicas de Direitos Humanos crescentes.

O Direito dos Direitos Humanos não regula as relações entre iguais, ou seja, entre Estados ou entre estes e organismos internacionais. Não se rege pelo princípio da reciprocidade.

Impõe-se como um Direito Internacional novo, pautado por princípios próprios, que exige uma interpretação e aplicação consentâneas com suas disposições, exortando a efetividade dos direitos, sendo incompatível com limitações ou exclusões implícitas.

Entende-se que assim ocorra porque ele nasce e se desenvolve no sentido de proteger os indivíduos nas várias esferas de sua existência, quer em face dos governos, quer nas relações privadas, sobretudo naquelas que revelam assimetria.

Com efeito, seguindo as lições de Cláudio Jesús Santagati, faz-se o registro de três instâncias para a trajetória dos Direitos Humanos. A primeira delas seria a da promulgação ou reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais. A segunda fase corresponderia à constituição do paradigma de Direitos Humanos, a partir de seu reconhecimento constitucional, que se projetaria em dois planos: o da legitimidade do sistema político e como instrumento fundamental de governabilidade. O terceiro momento diria respeito à construção de

sistemas de proteção, internacionais, regionais e sub-regionais (fase de internacionalização), que corresponderia ao estágio atual ³.

4. Sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos

A estrutura normativa de proteção internacional aos direitos humanos, bem como a sua afirmação como direito autônomo, decorreu de um processo lento mas ascendente de ampliação de direitos e garantias fundamentais.

Consoante realça Daniel Sarmento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 pode ser reputada como a representação do “Iluminismo triunfante”, com caráter universal. Nela foram firmados os princípios da isonomia (art. 1º), da soberania nacional (art. 3º), participação política do povo (art. 6º), da legalidade penal e tributária (arts. 7º e 14), e as liberdades de religião e de expressão (arts. 10 e 11) ⁴.

Por sua vez, igualmente dirigida à admissão do que a doutrina veio a nominar como primeira dimensão de direitos, revela-se outro documento fundamental para a história da formação dos direitos humanos. Trata-se da Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776. A Declaração considera constituir-se em verdades autoevidentes: que todos os homens foram criados iguais, sendo dotados por Deus de certos direitos inalienáveis, entre os quais estariam a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Declara solenemente que os governos devem ser instituídos como decorrentes dos justos poderes

3 SANTAGATI, Cláudio Jesús. “*Da Declaração dos Direitos Humanos ao Sistema de Proteção. Uma Aproximação Histórico-Jurídica*”. In *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Coord.: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 632.

4 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p. 25.

de consentimento dos governados, precisamente para assegurar esses direitos inalienáveis. Tal documento revela natureza jusnaturalista e liberal⁵.

Tem início, assim, a construção do que mais adiante, veio a se apresentar como Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Essa constatação combina com o que Cláudio Jesús Santagati considera o “momento de fundação dos Direitos Humanos (1776-1789)”. Explica que os direitos humanos, enquanto elaboração jurídica, resultariam da convergência entre os postulados da Independência Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, pois começa a ser afirmado um novo sujeito histórico e político, o cidadão. E, prossegue, asseverando que esse novo sujeito:

“ ... ainda em processo de consolidação, estava anunciando a queda e a subversão do sujeito súdito do Antigo Regime, e é nesse sujeito político prioritário, todavia incipiente, que se fundará, pois, o paradigma próprio dos Direitos Humanos e seu exercício”⁶.

Ao longo do século XIX, o Estado de direito –no bojo do qual convivem os direitos civis e políticos alusivos ao cidadão, e aqueles referentes à divisão de poderes, poder legislativo, independência dos juízes, governo constituído e regido sob o primado da lei - demarcou uma fase intermediária dos direitos humanos.

E após a Primeira Guerra Mundial, ao celebrar-se o Tratado de Versalhes, expandiu-se a concepção do direito de cidadania. Aos indivíduos não era suficiente limitar o poder estatal, estabelecer parâmetros para a atuação do governo na vida privada dos homens.

5 *Idem, ibidem*, p.25.

6 SANTAGATI, Cláudio Jesús. “*Da Declaração dos Direitos Humanos ao Sistema de Proteção. Uma Aproximação Histórico-Jurídica*”. In *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Coord.: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 611-615.

Exigiu-se, neste novo momento, que o Estado, além de respeitar os direitos civis e políticos, agisse, mediante políticas públicas, no sentido de propiciar direitos sociais, econômicos e culturais aos seus cidadãos.

Observou-se uma nova apresentação do Direito Público Internacional, abrindo-se para o processo de absorção definitiva e historicamente reconhecida dos direitos humanos, objeto, meta e razão de inúmeras normas internacionais.

Daí poder-se afirmar que a partir da etapa inicial do reconhecimento jurídico dos direitos humanos dentro de uma concepção jusnaturalista houve a evolução do pensamento sobre a necessidade de afirmar outros direitos de igual relevância, mediante instrumentos internacionais que ingressaram nas Constituições dos Estados. E a consagração desses novos direitos (sociais, econômicos, culturais, de meio-ambiente, solidariedade) exigiram dos governantes nacionais que não mais mantivessem uma atitude de abstenção perante os seus governados.

Os direitos de primeira e segunda dimensões mostram-se nas Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Adotando como princípio fundante a igualdade entre os homens, esses países elaboraram um longo catálogo de direitos civis, políticos, sociais e econômicos que serviram de paradigmas para o mundo ocidental.

Firma-se como certo que o respeito e a efetivação dos direitos humanos exigem um papel ativo e intervencionista do Estado. Têm em consideração o Estado do bem-estar social o qual se sustentava em novo modelo, pretendendo oferecer aos indivíduos a garantia de direitos e condições mínimas de vida. Daí, a inserção nas Constituições, ao lado dos direitos de primeira dimensão, daqueles referentes à educação, à saúde, à moradia, à previdência.

Com a construção dos direitos de segunda e terceira dimensões: direitos sociais, econômicos, culturais, bem como aqueles alusivos à paz, solidariedade, segurança no meio-ambiente, ampliou-se o rol dos direitos fundamentais. Antes restritos aos de primeira

dimensão, ou seja, os direitos civis e políticos clássicos, caracterizados pela limitação do poder do Estado, o direito à vida, à liberdade individual, à igualdade formal, à propriedade privada, os novos direitos exigem dos governos a efetividade, a fim de permitir aos cidadãos uma vida digna.

Em realidade, desde a celebração do Tratado da Paz, em 1919, foi afirmado que injustiças, privações e um índice alarmante de miséria que atingia um grande número de pessoas, precisavam ser erradicados, sob pena de não poderem existir a paz e a harmonia no mundo.

É importante que se observe, ainda, que a Declaração de Filadélfia de 10 de maio de 1944, permaneceu asseverando o caráter universal dos direitos sociais e dos princípios que orientaram a formulação do Tratado de Versalhes.

A Declaração de Filadélfia, também denominada de “Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho”, foi fruto da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia. Esse documento ratificou os princípios nos quais os Estados-partes deveriam inspirar a sua política. No artigo 1º reafirmou os princípios fundamentais sobre os quais se funda aquele organismo, especificando-os:

- “ a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;
- c) a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos;
- d) a luta contra o estado de necessidade dos povos, a ser conduzida com uma energia inesgotável por cada nação e por meio de esforço internacional contínuo e organizado, pelo qual

os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando com os governos, participem em discussões livres e em decisões de caráter democrático tendo em vista promover o bem comum”⁷.

Na Declaração também se afirmou que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estava convencida de que somente poderia ser alcançada uma paz duradoura com base na justiça social. E sendo assim, deixou assentado que todos os seres humanos, de qualquer raça, crença ou sexo, tinham direito ao progresso material e ao desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais. Acrescentou que a realização das condições que permitem atingir este resultado deve constituir o objetivo central de qualquer política nacional e internacional. Destacou que todos os programas de ação e medidas tomadas no plano nacional e internacional, nomeadamente no domínio econômico e financeiro, precisavam ser apreciados conforme este ponto de vista e aceitos apenas na medida em que pareçam favorecer, e não prejudicar, o cumprimento deste objetivo fundamental.

A Declaração de Filadélfia enumerou uma série de programas que deveriam ser implementados nos Estados-membros, afirmando que os ajudaria a alcançar a efetividade:

“a) pleno emprego e elevação do nível de vida;

b) emprego dos trabalhadores em ocupações nas quais tenham a satisfação de aplicar toda a sua habilidade e os seus conhecimentos e de contribuir da melhor forma para o bem-estar comum;

7 Declaração de Filadélfia.

c) para atingir esse objetivo de concretização, deveriam ser concedidas garantias adequadas para todos os interessados, de possibilidades de formação e meios próprios para facilitar as transferências de trabalhadores, incluindo as migrações de mão de obra e de colonos;

d) de ser possível a todos uma participação justa nos frutos do progresso em termos de salário e de ganhos, de duração do trabalho e outras condições de trabalho, e um salário mínimo vital para todos os que têm um emprego e necessitam dessa proteção;

e) reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e da cooperação entre os empregadores e os trabalhadores para a melhoria contínua da organização e da produção, assim como da colaboração dos trabalhadores e empregadores para a elaboração e aplicação da política social e econômica;

f) da extensão das medidas de segurança social com vista a assegurar um rendimento de base a todos os que precisem de tal proteção, assim como uma assistência médica completa;

g) de uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações;

h) da proteção da infância e da maternidade;

i) de um nível adequado de alimentação,

alojamento e de meios recreativos e culturais;

j) da garantia de igualdade de oportunidades no domínio educativo e profissional”⁸.

Ao final do documento expressamente consta que os princípios enunciados eram plenamente aplicáveis a todos os povos do mundo, ainda que de forma progressiva em relação aos Estados dependentes, embora entendendo que esse assunto diz respeito ao conjunto do mundo civilizado.

A análise da Declaração de Filadélfia permite concluir que foram expandidos alguns dos preceitos contidos no Tratado de Versalhes. Sustenta-se em postulados que apontam para a liberdade dos homens; o bem-estar e a segurança econômica dos povos; o desenvolvimento espiritual dos indivíduos e a igualdade de oportunidades para todos os seres humanos, independentemente de sexo, raça, religião ou crença de qualquer natureza.

Ao afirmar os princípios de liberdade, igualdade de oportunidades, segurança social e desenvolvimento, a Declaração de Filadélfia enfatizou que seriam aplicáveis a todos os homens em todos os países, com o que deixou expressa a característica universal dos postulados que irão sustentar os vários sistemas jurídicos dos Estados democráticos.

Em especial, no campo do Direito do Trabalho, a partir do momento em que esses organismos elaboram normas, visando a garantir os direitos básicos do trabalhador; indispensáveis à sua sobrevivência e a dos seus familiares, redefine-se o Direito Internacional do Trabalho.

E esse direito – assentado na dignidade humana - tem o condão de influenciar os vários sistemas jurídicos dos Estados que integram a OIT.

Na linha evolutiva e de consolidação dos direitos humanos e do reconhecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos

8 Declaração de Filadélfia.

surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos de dezembro de 1948. Nesse documento também se combinam direitos de índoles liberal e social: os direitos políticos e civis (arts. 3º a 21), econômicos, culturais e sociais (arts. 22 a 28), como afirma Flávia Piovesan⁹.

Adotando um aspecto mais detalhado, pode-se afirmar que a Declaração de 1948 revelaria os direitos de primeira dimensão, expressos nos civis e políticos. Seriam os chamados direitos pessoais ou da pessoa, individualmente considerada: liberdade, vida, segurança, igualdade (arts. 3º a 11). Ao seu lado, estariam os direitos que referem às relações dos homens com a sociedade, com os diversos grupos dos quais ele participa: são os direitos à privacidade, à intimidade, a celebrar livremente o matrimônio, à vida familiar em reserva, a manter uma crença ou religião, à nacionalidade, ao asilo político quando perseguido, à liberdade de movimentar-se no interior do Estado nacional ou fora dele, à propriedade privada. Eles foram inseridos nos arts. 12 a 17. Um terceiro grupo seria constituído dos direitos de contribuir para a formação política do Estado, de integrar órgãos governamentais, de participar dos processos de decisão. Seriam a liberdade de pensamento, de expressão, política, de votar e ser votado, de associação, de participar de assembleias, de acesso ao governo ou à administração pública (ars. 18 a 21). A quarta categoria de direitos apontaria para os direitos sociais e econômicos: trabalho, emprego, profissionalização, educação, assistência social, justas condições de trabalho, fundar sindicatos, neles ingressando, permanecendo e se retirando livremente, justas condições de trabalho, salário igual para trabalho igual, lazer, descanso, saúde, vida cultural (arts. 22 a 27).

Essa norma jurídica, dotada de característica de universalidade, compreende um conjunto de direitos reputados indispensáveis à sobrevivência das pessoas, ao desenvolvimento de sua personalidade física, moral e intelectual, independentemente de raça, religião, sexo.

9 PIOVESAN, Flávia. *Cit.*, pp. 158-159.

Ocorre – como alerta Flávia Piovesan – que após a edição da Declaração Universal travou-se uma grande discussão sobre a maneira mais eficaz para assegurar o reconhecimento e a observância dos direitos nela previstos. É que debatia-se acerca da força jurídica vinculante desse documento, dando ensejo a um processo de juridicização da Declaração a partir de 1949. Em 1966 findou esse processo com a elaboração de dois tratados sobre direitos humanos. Foram o Pacto Intenacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos incorporaram os direitos constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desde então, estas normas jurídicas são referência jurídica do regime de proteção dos direitos humanos. Forma-se, assim, a Carta Internacional dos Direitos Humanos, integrada por estes Pactos e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inaugurou-se, desta maneira, o sistema global de proteção dos direitos humanos ¹⁰.

Depois desse momento, muitos outros documentos relativos aos direitos humanos, dirigidos ao mundo do trabalho, à mulher, à criança, contrários à discriminação racial, entre outros, acresceram o continente de bens da vida fundamentais. Registre-se, entre outras, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulher.

Mais adiante, de forma expressa e desprovida de qualquer dúvida, na Carta de Viena de 25 de junho de 1993 foi definida a natureza de universalidade dos direitos humanos. Nela, em mais de um momento, fica afirmado que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, com o que devem ser garantidos a todos os indivíduos ¹¹.

A Convenção de Viena assevera que a comunidade internacional deve considerar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa. E esclarece que, embora se reconheça o significado

10 PIOVESAN, Flávia. *Cit.* pp. 176-177.

11 Convenção de Viena.

das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Com efeito, a invocação dessas peculiaridades de diversas ordens não pode representar refúgio ou excusa para a negação dos direitos humanos.

Bruno Espiñeira Lemos destaca que mesmo na diversidade de valores religiosos, políticos, ideológicos os países devem se preocupar em inserir no interior de suas Constituições, direitos considerados fundamentais para os seus nacionais e os estrangeiros que transitam ou habitam em seus territórios ¹².

A convicção quanto à natureza e extensão dos direitos humanos fica bem clara na Carta de Viena ao destacar que as Nações Unidas devem empreender todos os esforços no sentido de assegurar o respeito universal da observância pelos Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos. É que considera que essa diretriz contribui para a estabilidade e bem-estar necessários à manutenção de relações pacíficas e amigáveis entre as nações, para a paz e segurança, bem como para alcançar o desenvolvimento social e econômico.

Ademais, é relevante assentar que a Carta de Viena demonstra que a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e se ajudam mutuamente. E assevera que a comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro.

O certo é que os direitos humanos são reconhecidos e reafirmados no Tratado de Versalhes, na Declaração de Filadélfia, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos

12 LEMOS, Bruno Espiñeira. *Direitos Fundamentais*. Brasília: Fortium Editora, 2007, p. 20.

Sociais, Econômicos e Culturais, entre outros documentos fundamentais, construídos ao longo dos tempos.

Para as Nações Unidas a pessoa humana é o sujeito central ao desenvolvimento, motivo pelo qual a ele tem direito, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Ademais, é importante lembrar que a Convenção de Viena afirma que embora o desenvolvimento sob todos os seus matizes facilite o gozo de todos os direitos humanos, a ausência de progresso econômico não pode ser invocada para justificar a limitação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Neste contexto, realça o papel dos países e das organizações internacionais no sentido de promover a cooperação efetiva com vista à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação dos obstáculos ao desenvolvimento¹³.

Sendo assim, no plano do Direito Internacional do Trabalho, a OIT apresenta-se como organismo legitimado pelas nações para exercer o papel normativo e de fiscalização dos direitos humanos decorrentes ou relacionados com o trabalho.

A par de criar normas por meio de Recomendações e Convenções Internacionais, esse ente internacional pode receber comunicações ou petições de grupos de indivíduos ou de entidades que os representam que pretendam denunciar o descumprimento dos direitos fundamentais referentes ao trabalho.

5. A Organização Internacional do Trabalho e seu papel na promoção e efetivação dos direitos humanos

Realçando mais uma vez o papel para a salvaguarda dos direitos humanos pelas agências e organismos internacionais, no plano do Direito do Trabalho é relevante a missão afeta à OIT.

Como registros importantes, ainda na área dos direitos sociais e trabalhistas, existem dois documentos internacionais ela-

13 Convenção de Viena.

borados pela OIT e que o Brasil tem o compromisso de cumprir. Tais documentos convivem com as centenas de normas internacionais (convenções e recomendações) que os países membros igualmente ratificaram.

Em especial, no ano de 1998, ao se manifestar mediante a Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a OIT declarou que o seu objetivo geral era estimular os esforços desenvolvidos pelos seus membros, a fim de “promover os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição da OIT e na Declaração de Filadélfia”¹⁴.

A Declaração de 1998 reafirma o compromisso da comunidade internacional, no sentido de respeitar, promover e efetivar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho. São aqueles reputados essenciais para o chamado desenvolvimento sustentável e uma globalização equitativa.

Na Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho – seguindo a linha da Declaração de Filadélfia – afirma-se que até é possível que a aplicação e extensão desses princípios, bem como seu modelo de efetivação tenham em conta o desenvolvimento de cada país. Todavia, não dispensa nenhum Estado integrante da OIT do cumprimento progressivo.

Na Declaração da OIT de 1998 consta que nenhum país, nem mesmo aquele que não haja ratificado as oito (8) Convenções que servem de pilares à concretização do Trabalho Decente poderá excusar-se de cumprir os princípios e normas contidos nessas convenções (art. 2). O mero fato de um país pertencer a OIT o obriga a “... respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais objeto das aludidas convenções pilares”¹⁵.

Por sua vez, a preocupação da OIT com o desenvolvimento sustentável e uma globalização equitativa, expressa em uma De-

14 Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1998 p. 3.

15 Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. OIT, 1998.

claração, advém, entre outros fatores, do reconhecimento de que a economia global tem características estruturais, atingindo 1/3 da população economicamente ativa.

Compreende-se a necessidade de a OIT formular o conceito de Trabalho Decente, apresentar sua Agenda, e auxiliar os Estados membros na elaboração e cumprimento das suas agendas nacionais.

Para tanto, a OIT regulou-se por oito (8) Convenções Internacionais fundamentais e que deram ensejo à formulação do conceito de Trabalho decente. São elas:

A Convenção n. 29, de 1930, sobre o Trabalho Forçado;

A Convenção n. 87, de 1948, sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito Sindical;

A Convenção n. 98, de 1949, sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva;

A Convenção n. 100, de 1951, sobre Igualdade de Remuneração;

A Convenção n. 105, de 1957, sobre Abolição do Trabalho Forçado;

A Convenção n. 111, de 1958, sobre Discriminação (Emprego e Profissão);

A Convenção n. 138, de 1973, sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego;

A Convenção n. 182, de 1999, sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação.

Importante realçar que em 2008 foi adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Nessa ocasião os Estados-membros reafirmaram o compromisso com a promoção do Trabalho Decente sustentada nos quatro (4) objetivos estratégicos da OIT: a) promoção do emprego, b) desenvolvimento e aperfeiçoamento de medidas de proteção social; c) promoção do diálogo social e do tripartismo e d) respeito e promoção dos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

No curso da história, a internacionalização do Direito do Trabalho e o papel de vanguarda da OIT, ampliaram a compreensão sobre os direitos humanos nas relações de trabalho. Foram inseridos os elementos de confiança, promoção do diálogo social e extensão permanente da proteção social, repelindo o retrocesso social.

Essa organização, além de exercer função normativa por meio de suas Conferências, tem importante competência como órgão de fiscalização, ao apreciar petições, queixas ou comunicações de entidades representativas dos trabalhadores e dos empregadores. Um desses organismos é o Comitê de Liberdade Sindical, criado em 1951.

O Comitê pode definir princípios gerais que permitem que mantenham a unicidade de critérios para a tomada de decisões em seus relatórios ao conhecer casos similares ou conexos. Ele possui uma jurisprudência gradualmente desenvolvida, que é reputada pela comunidade internacional como um verdadeiro direito consuetudinário sobre essas matérias ¹⁶.

É interessante realçar que o Comitê de Liberdade Sindical tem competência para decidir sobre o caráter representativo da organização patronal ou de trabalhadores para formular a queixa.

Destaque-se que, em face do princípio da liberdade de associação, o Comitê não rejeita uma queixa apenas porque o Sindicato não tenha depositado seus estatutos ou não tenha sido oficialmente reconhecido pelo Estado membro, desde que fique evidenciado que possui existência no mundo dos fatos. Relevante é o aspecto que a organização peticionária demonstre interesse direto na matéria.

No Brasil, pode-se mencionar como um exemplo do papel da OIT na garantia dos direitos fundamentais trabalhistas o caso alusivo à Greve dos Trabalhadores da Petrobrás, ocorrida no ano de 1994.

16 BEAUDONNET, Xavier *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno*. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT. Manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito, 2011.

É fato do conhecimento público, a queixa apresentada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), no caso n. 1.839, no qual o Brasil é acusado de descumprir a Convenção n. 98 da OIT que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva, documento por ele ratificado desde 1952 e com vigência no plano interno desde 18 de novembro de 1953.

Na petição endereçada ao Comitê de Liberdade Sindical da OIT, a CUT diz que a República Federativa do Brasil descumpriu acordo coletivo celebrado em 5.10.1994, fruto de entendimentos entre a Federação Única dos Petroleiros, o Presidente da CUT, o Presidente da República e os Ministros da Fazenda, do Trabalho e de Minas e Energia.

Consta da queixa que no acordo celebrado entre eles ficara assegurada a retomada da negociação. Todavia, em face da deflagração da greve pela categoria dos trabalhadores, foi instaurado um dissídio coletivo perante do Tribunal Superior do Trabalho (TST). No julgamento, o TST declarou abusiva a greve e nulo o acordo celebrado entre as partes. Em seguida, a Petrobrás teria demitido 59 empregados, entre os quais dirigentes sindicais.

Em resposta à notificação do Comitê de Liberdade Sindical, o governo brasileiro informou que as dispensas foram necessárias para garantir o abastecimento de produtos essenciais à comunidade (combustível, gás de cozinha), cuja ausência estaria afetando a vida da população. Acrescentou que as demissões se fundaram na Lei de Greve (lei n. 7.783/89) e na decisão do TST, proferida no dissídio coletivo que considerara abusivo o movimento paredista. Alegou, ainda, que não teria violado o acordo coletivo porque não existira um acordo mas um mero protocolo de intenções.

Nesse episódio, a decisão do Comitê foi encaminhada ao Conselho da Administração da OIT, sugerindo-lhe que aprovasse recomendações dirigidas ao governo brasileiro.

No relatório final, concluiu por recomendar que fosse solicitado ao governo do Brasil tomar medidas apropriadas para corrigir

as anomalias que constatara, chamando a atenção para princípios que deveriam norteá-lo. Foram elas:

“ a) o Comitê pede ao Governo que adote medidas para a modificação da legislação a fim de que a submissão dos conflitos coletivos de interesses às autoridades judiciais somente seja possível de comum acordo entre as partes, ou então no caso de serviços essenciais em sentido estrito do termo (aqueles cuja interrupção poderia pôr em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou em parte da população);

b) o Comitê insiste com o Governo que garanta que os contratos coletivos entre empresas e sindicatos sejam respeitados. Pede-lhe também que incentive os interlocutores sociais a resolverem os conflitos coletivos através da negociação coletiva;

c) o Comitê pede ao Governo que tome medidas para facilitar a reintegração em seus postos de trabalho dos 59 dirigentes sindicais e sindicalistas despedidos pela PETROBRÁS¹⁷.

No caso em análise, o Brasil atendeu todas as recomendações encaminhadas pelo Conselho de Administração da OIT, fruto da decisão do Comitê de Liberdade Sindical.

Acrescente-se que, posteriormente, mediante a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi modificado o art. 114 da Constituição da República, reforçando a necessidade de negociação coletiva. Por sua vez, condicionou a intervenção do Judiciário

17 Revista LTr. 60-01/10, v. 60, n° 01, janeiro de 1995.

Tralhista nos dissídios coletivos de natureza econômica (de interesse), ao ajuizamento de ação de comum acordo. E que em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito (§§ 1º, 2º e 3º).

E, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Brasil ratificou em 1992 e promulgou em 1994 a Convenção n. 154 da OIT, em vigor no plano internacional desde 1983 sobre o Fomento à Negociação Coletiva.

Destaque-se, ainda, que por meio de ato do Poder Executivo, a elevadíssima multa que fora estabelecida pelo TST àquela época ao Sindicato dos trabalhadores da Petrobrás foi perdoada.

A referência a este episódio demonstra a importância dos instrumentos internacionais de direitos humanos, inclusive daqueles que, neles espelhados, reafirmam direitos humanos de natureza trabalhista, que se banham na liberdade de expressão, de associação e de sindicalização.

Por sua vez, comprovam a importância da fiscalização dos organismos internacionais, com poderes de receber petições, queixas, comunicações e formular decisões mediante recomendações.

De toda sorte, deve-se ter em conta que o Comitê de Liberdade Sindical não é um tribunal internacional. Ele se utiliza do diálogo, da persuasão, não obstante suas recomendações sejam geralmente acatadas pelos governos dos Estados membros. O Comitê adota um procedimento pautado na imparcialidade, no princípio do contraditório, confidencialidade de documentos, reuniões fechadas e a não participação dos membros dos governos envolvidos enquanto está sendo analisada a queixa.

A amplitude da competência do Comitê é revelada no fato de que, embora a queixa deva ser formulada por escrito, são aceitos como prova documentos e, em determinadas circunstâncias, testemunhas. Acrescente-se que podem visitar os locais onde estão domiciliadas as partes envolvidas.

6. Direitos Humanos na Constituição da República de 1988

De acordo com Celso Lafer um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a do Brasil de 1988, é a expansão axiológica do Direito. E isto explicaria porque a atual Carta Republicana não teria se limitado a distribuir competências e garantir direitos, mas também a incorporar princípios gerais, na tentativa de indicar uma direção à sociedade brasileira¹⁸.

No Brasil, os direitos humanos são afirmados na Constituição como direitos fundamentais. E eles observaram a passagem histórica a que alude Cláudio Jesús Santagati, por meio da qual houve o deslocamento do direito declarado para o direito protegido; da defesa retórica à tutela efetiva, da indeterminação à positivação sistemática. E isto – prossegue o autor – revela-se tanto no conteúdo como em relação aos seus titulares. É que dos direitos humanos, tidos como inerentes à pessoa humana, passam a ser considerados como próprios ao sistema democrático, por eles se responsabilizado não somente o direito interno mas sendo igualmente uma incumbência prioritária do Direito Internacional¹⁹.

A inserção dos direitos humanos no sistema normativo do Estado brasileiro se revela em diversos momentos na Constituição República. No art. 1º, ao asseverar que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito com fundamento na dignidade humana. No art. 3º, quando declara como seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos. Também no art. 4º, ao tratar das relações internacionais, no sentido do compromisso de orientar-se pela prevalência

18 LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p.13.

19 SANTAGATI, Cláudio Jesús. *Cit.*, p. 633.

dos direitos humanos. Neste ponto, importa lembrar que o Brasil, desde 1992, mediante o Decreto n. 678, de 6 de novembro, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. E mais: por meio do Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002 foi promulgada a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Constituição de 1988 trouxe para o seu bojo, portanto, os inúmeros instrumentos internacionais já referidos. A par do reconhecimento internacional de que os tratados internacionais de direitos humanos incorporam-se automaticamente ao ordenamento interno, a Carta Republicana adota expressamente esse entendimento. No art. 5º, § 1º declara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. No § 2º, do mesmo artigo, por sua vez, assevera que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ao afirmar que essas normas têm aplicação imediata e sendo o objetivo dos tratados internacionais de direitos humanos a definição e o sistema de garantias desses direitos, a aplicação imediata decorrente da incorporação automática é reconhecida.

Nas sociedades contemporâneas constitui um consenso, um pressuposto inafastável dos vários países do mundo, a necessidade de se trazer para o interior da ordem interna, os direitos humanos, incluindo as garantias para sua efetividade e a proteção jurídica contra a lesão a eles dirigida. Há um consenso na linha de que os direitos humanos integram uma ordem supra-nacional, influenciando e ingressando nos Estados membros e impondo-se com uma dignidade superior à própria Constituição, que os recebe, recebendo-os em seu interior e fazendo-os cumprir.

Deve ser realçado que a Carta de Viena, em mais de um momento, afirmou que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, com o que precisam ser

garantidos a todos os indivíduos. A Convenção de Viena assevera que a comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos globalmente, de forma justa e equitativa.

E o Brasil é signatário dessa Convenção Internacional, razão porque, ao subscrevê-la, assumiu o dever de aplicá-la em seu território e de forma imediata, como preconizado no § 1º do art. 5º. Daí a Constituição referir aos tratados internacionais em que a República seja parte como dela integrantes (art. 5º, § 2º). E dedicar o § 3º do art. 5º aos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, afirmando-os equivalentes às emendas constitucionais. E, fechando o círculo de proteção, declarar que se submetia à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação manifestou adesão (§ 4º também do art. 5º).

O fato de que essas normas constitucionais se colocarem no art. 5º que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos não significa que apenas esses direitos sejam direitos humanos. É que embora os direitos sociais, econômicos, culturais, constem de outros artigos eles são também direitos humanos por expressa afirmação nos inúmeros tratados e convenções internacionais de direitos humanos aos quais aderiu o Estado brasileiro. E ainda, acham-se no interior do título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Sendo relevante sempre considerar que a Convenção de Viena asseverou que os direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados.

Ademais, existe mais uma valiosa distinção entre a incorporação dos tratados internacionais em geral daqueles que versam sobre direitos humanos. Naqueles a ordem jurídica nacional exige a intervenção do Poder Legislativo, a fim de que tenha vigência no plano interno. Com relação aos tratados em que o Brasil seja parte e que digam respeito aos direitos humanos, tais normas internacionais integram materialmente o rol dos direitos constitucionais, sendo imediatamente exigíveis no ordenamento nacional.

A propósito, afirma Flávia Piovesan que essa incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo

Direito Nacional, sem necessidade de um ato jurídico complementar para que possa ser exigido e implementado permite a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, a par de proibir condutas e atos a eles violadores²⁰.

E seguindo esse pensamento, considera-se que até a soberania nacional se orienta de acordo com o respeito aos direitos humanos, ao admitir – como o faz o Brasil e as demais nações – que existe uma prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição Republicana).

A partir desses fundamentos, e buscando demarcar os direitos humanos mínimos da República Federativa, no Título II, a Constituição enunciou-os como Direitos e Garantias Fundamentais. O Capítulo I é destinado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o Capítulo II, no qual consagra os Direitos Sociais, o Capítulo III, em que assegura os Direitos referentes à Nacionalidade, o Capítulo IV, assecuratório dos Direitos Políticos e o Capítulo V, destinado aos Direitos alusivos aos Partidos Políticos. A Carta Fundamental acompanha, como se observa, uma disciplina na linha dos documentos internacionais dos direitos humanos analisados.

O Estado Pós-Social não pode desconsiderar os fundamentos da República, pois se trata de direitos humanos, direitos fundamentais. Tanto é assim que, ao lado da garantia da propriedade privada, dispôs que a ordem econômica estaria fundada na valorização do trabalho humano, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E exigiu que aqueles que se dedicassem à atividade econômica, o fizessem com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, defendendo o meio ambiente e conferindo à propriedade privada uma função social.

20 PIOVESAN, Flávia. *Cit.*, p. 104.

7. Aplicação judicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Normas trabalhistas

Hoje, diante de um quadro internacional e nacional que revela grandes desigualdades, mais do que nunca impõe-se aos Estados que adotem políticas públicas hábeis a implementar os direitos humanos.

É oportuno recorrer a Arnaldo Sussekind, que, aludindo à globalização, lembra que a face perversa da globalização econômica divide o planeta entre os países globalizantes e os globalizados, não se distribuindo igualmente as riquezas ²¹.

Por sua vez, o comportamento dos magistrados, no sentido de colaborar para a efetividade dos princípios constitucionais, pode permitir uma melhor compreensão de toda a sociedade quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos .

Ademais, como ensina Karl Larenz, toda ordem jurídica acha-se fundada na exigência obrigatória de justiça, a qual, em última instância, é capaz de explicar sua pretensão de validade no sentido normativo. Em outras palavras – prossegue o autor -, é lícito submeter a lei a uma tendência que possibilite soluções que satisfaçam ao sentimento de justiça ²².

A importância da incidência das normas internacionais de direitos humanos sociais nas decisões judiciais pode ser registrada em dois casos recentes. Neles, os magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (TRT 6^a) aplicou diretamente aos conflitos que julgavam normas de Direito Internacional do Trabalho. E a fundamentação desenvolvida revela a inquieta busca por aplicar a justiça, resgatando, para tanto, os direitos humanos.

21 SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 53.

22 LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Aiel, S.A., 1994, p. 345

Faz-se referência, inicialmente, à decisão do TRT 6^a, Proc. n. 0001708-46.2011.5.06.0022 (RO), 2^a Turma, confirmando sentença proferida por magistrada de primeira instância, dr^a. Ana Freitas.

Trata-se do caso de um trabalhador de empresa nacional, prestando serviços em Pernambuco e que tinha por função transportar fardos (mercadorias) em seus ombros. O trabalhador formulou reclamação trabalhista, inconformado com o excesso de peso de carregava (fardos de carne com pesos acima dos limites previstas na legislação trabalhista). O excesso de peso por ele denunciado causava-lhe dores lombares terríveis, considerando-o superior às suas condições físicas.

Na defesa, a empresa declarou que os limites de pesos eram observados, achando-se de acordo com o art. 198 da CLT e da Norma Regulamentar n. 17.

Realizada perícia, constatou que os fardos de carne carregados continham etiquetas com pesos variáveis, de 19 a 113 quilos. E conclui o perito que o trabalhador vinha transportando em seus ombros mercadorias com peso superior ao recomendado pelo National Institute for Occupational Safety and Health – NIOSH. É que este órgão considera o limite de peso como sendo 23 quilos. Ainda em sua análise, o Perito afirmou que a CLT prevê como sendo 60 quilogramas o peso máximo que um empregado pode remover individualmente. E demonstrou que este limite é muito superior ao peso ideal fixado na norma internacional referida.

Diante de tal quadro fático, a Vara do Trabalho, em decisão confirmada pelo Tribunal à unanimidade, determinou que a empregadora se abstinhasse de obrigar o empregado a levantar e conduzir peso superior ao orientado pelo National Institute for Occupational Safety and Health – NIOSH, que considera o limite de peso de 23 quilos, sob pena de multa.

Invocando matéria de ordem pública alusiva à prevenção de acidentes e direito à saúde, aliadas ao dever de proteção, o Tribunal teve como suporte jurídico para a sua decisão as Convenções n. 155 e 161 da Organização Internacional do Trabalho que cuidam

de Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Sendo assim, reputou que a observância da norma internacional criada pelo National Institute por ser mais favorável estaria de acordo com as Convenções aludidas e com o princípio de dignidade humana contido na Constituição da República. Confirmou, assim, a lúcida decisão de primeira instância, que fez integrar à ordem interna, a norma internacional mais protetiva. Tratava-se, portanto, da prevalência dos direitos fundamentais, direitos humanos construídos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e integrantes do direito nacional. Destaco que o art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Republicana incorporou as normas internacionais mais favoráveis e aquelas alusivas aos direitos humanos.

Pode-se constatar, seguindo as lições de Chaim Perelman que as decisões, motivadas no Direito Internacional do Trabalho, revelaram-se oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis. Ambas se traduzem em ato de autoridade e obra de razão e persuasão. Não se cogita de direito autoritário mas democrático (obra de persuasão e razão) que procurou uma adesão arrazoada, precisamente pela motivação²³

Também pode ser mencionado entre outros exemplos de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na esfera trabalhista, decisão do Tribunal da 6ª Região em que a 2ª Turma, à unanimidade, em acórdão da lavra do Desembargador Paulo Alcântara, aplicou a Convenção n. 132 da OIT, art. 4º, deferindo o direito ao pagamento de férias proporcionais a trabalhador despedido por justa causa.

Constata-se, portanto, que o papel inicial da OIT de orientação do conteúdo das leis e políticas sociais nos países membros desdobra-se. Ao merecer prevalência o direito por ele criado sobre o direito interno, firmando-se como aquele a ser aplicado diretamente pelo Estado que com ele se comprometeu ao ratificar as normas internacionais, exsurge a relevância dos direitos humanos.

Pode-se concluir - seguindo as pegadas de José Puig Bru-tau - que o magistrado não deve renunciar a sua função criadora

23 PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 570.

quando se defronta com a rigidez da norma jurídica, cabendo-lhe ter em conta critérios de oportunidade e conveniência pública²⁴. Esses parâmetros se traduzem no bem comum, em cujo quadro resplandecem os direitos humanos.

E, finalmente, não esquecendo o ensinamento de João Maurício Adeodato, no sentido de que “... o direito se vai constituindo à medida em que as opções conflitivas vão sendo decididas”²⁵.

8. Conclusão

Na atualidade, em face de novos paradigmas que se pretendem afirmar como inerentes à “pós-modernidade”, a sociedade civil se defronta com a necessidade de assimilar as vertentes alusivas à cultura e ao processo no bojo dos quais se desenrolam os conflitos sociais para que não se esvaziem o Direito e a Constituição.

A preservação dos direitos humanos é um projeto da democracia constitucional que exige um compromisso para o futuro mas, igualmente, para o presente, por parte dos povos.

No atual estágio dos direitos humanos alcançou-se não somente o reconhecimento formal, integrando as normas internacionais do Direito dos Direitos Humanos ao ordenamento constitucional. Existem sistemas de defesa e proteção desses direitos. E, tal como asseverado pela Carta de Viena, a eficácia desse indicador é não somente representativo da democracia, mas, também, da legitimidade das instituições, permitindo a governabilidade.

O sistema jurídico alicerçado na democracia não pode esquecer que o denominado Estado Pós-Social deve continuar tendo por fundamento a liberdade, a igualdade substancial, o respeito a dignidade humana, aos valores sociais do trabalho e à função social

24 BRUTAU, José Puig, *La Jurisprudência como Fuente del Derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p.227.

25 ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito. Uma crítica aa verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 215.

da propriedade, tornando, assim, efetivos os ideais do Tratado de Versalhes, da Declaração de Filadélfia e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É que a humanidade consagrou esses princípios como essenciais à sua sobrevivência, à paz mundial e a solidariedade entre os povos.

Desta forma, a homenagem, o tributo que os estudiosos do direito podem oferecer à sociedade é o de, no mínimo, conferir efetividade à Carta Magna, manter seus fundamentos, enraizar seus valores, pois indispensáveis à vida dos homens, realizando, assim, os direitos humanos.

9. Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito. Uma crítica aa verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEAUDONNET, Xavier. *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno*. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT. Manual de Formação para Juízes, Juristas e Docentes em Direito, 2011.

BRUTAU, José Puig. *La Jurisprudência como Fuente del Derecho*. Barcelona; Bosch, Casa Editorial.

Convenção de Viena.

Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1998.

Declaração de Filadélfia.

LE MOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais**. Brasília: Fortium Editora, 2007.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciência del Derecho*. Barcelona: Editorial Aiel, S.A., 1994.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2^a ed. , 1997.

Revista LTr: 60-01/10, v. 60, nº 01, janeiro de 1995.

SANTAGATI, Cláudio Jesús. “*Da Declaração dos Direitos Humanos ao Sistema de Proteção. Uma Aproximação Histórico-Jurídica*”. In *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Coord.: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 632.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

2 AS LEIS 12.619/2012 E 13.103/2015 QUE DISCIPLINAM A PROFISSÃO DE MOTORISTA - QUESTÕES CONTROVERSAS

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas - 15ª Região. Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (ANDT).

Daniel Gemignani

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego (AFT/MTE).

*“Era preciso escolher entre a realidade do discurso
e o discurso da realidade.
Escolhi este último, naturalmente”*

*Autobiografia de Federico Sánchez
Jorgen Semprún*

Resumo: A peculiaridade da realidade fática, em que é prestado o trabalho do motorista profissional, tem suscitado muitos debates. No que se refere à jornada, a ce-

leuma acerca da aplicação, ou não, do disposto no inciso I, do artigo 62 da CLT, sempre se pautou por uma acesa controvérsia quanto ao significado da *incompatibilidade* e a possibilidade de controle e quantificação das horas efetivamente trabalhadas. A nova Lei 12.619/2012, editada para disciplinar a matéria, trouxe balizas fincadas por novos conceitos jurídicos, formatados também pela crescente preocupação com a preservação da integridade física, saúde e segurança não só dos motoristas, mas também de todos os demais que trafegam em ruas, avenidas e rodovias. A Lei 13.103/2015, que revogou muitos de seus artigos, foi promulgada com a pretensão de dirimir as controvérsias suscitadas, mas acabou precarizando e reduzindo direitos anteriormente conquistados, o que aumenta o desafio de promover sua interpretação em conformidade com os princípios constitucionais para evitar o retrocesso social. O presente artigo faz algumas reflexões sobre os novos institutos, focadas sob a perspectiva da função promocional do direito contemporâneo, com o escopo de contribuir para a discussão jurídica, num momento em que o debate atinge alta temperatura.

Palavras-chave: nova lei dos motoristas profissionais. Tempo de direção. Tempo de espera. Tempo de reserva. Nova configuração dos intervalos para repouso e descanso e o diálogo das fontes. A função promocional do Direito do Trabalho.

Sumário – 1. Introdução; 2. Do empregado ao cidadão. Assumindo a nova face do direito trabalhista brasileiro - saúde e segurança; 3 Questões controversas quanto à jornada. 3.1-Tempo de direção; 3.2 Tempo de espera; 3.3 Tempo de reserva; 3.4 Tempos de descanso; 4. A grande

celeuma: local para gozar os tempos de descanso; 5. Diálogo das fontes; 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

Apesar de possuir um território com dimensões continentais, no século XX o Brasil fez a opção preferencial pelo transporte rodoviário para locomoção de pessoas e bens, em detrimento do ferroviário, o que tem provocado ao longo do tempo consequências importantes. Motoristas autônomos trafegam ao lado de um expressivo número de empregados assalariados, tornando imperativo assegurar a todos condições de saúde e segurança adequadas às especificidades das atividades profissionais desempenhadas, porque é o trabalho que deve estar adaptado ao homem e não o homem ao trabalho, conforme já defendemos em artigo anteriormente publicado sobre o meio-ambiente laboral.¹

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 expressamente considerou em seu artigo 225 o direito ao meio ambiente como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo ao “Poder Público e à coletividade” o dever de defendê-lo, tendo incluído nesta proteção o meio ambiente de trabalho, conforme explicita o inciso VIII do artigo 200.

Ademais, não se pode desconsiderar que, no caso dos motoristas profissionais, tais questões extrapolam os limites de uma relação contratual, uma vez que o meio ambiente de trabalho desses profissionais se dá em vias públicas, de sorte que a questão se apresenta intrinsecamente imbricada com a preservação da integridade física e da segurança de terceiros, que atuam no mesmo espaço físico.

1 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel- Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo- Revista Magister de Direito do Trabalho- vol 47- p.55-74- 2012.

Em razão disso, suscita também essa sistemática questionamentos quanto ao transporte internacional, prestado por motoristas contratados por empresas estrangeiras como ocorre, *exempli gratia*, com as sediadas nos países que integram o MERCOSUL e que, ao ingressarem em nosso território, passam a trabalhar no meio ambiente laboral nacional e, portanto, inseridos nos mesmos desafios de garantir segurança no trânsito de nossas ruas, avenidas e estradas, o que tem mobilizado a fiscalização do Ministério do Trabalho quanto aos novos parâmetros legais e aplicação das Normas Regulamentadoras.

A linha de evolução normativa infraconstitucional, como a que ora se examina, sedimenta o perfil de uma nova identidade² do direito laboral no Brasil, privilegiando a *vis atrativa* do conceito de trabalho *lato sensu* como valor republicano, em cumprimento a nova diretriz traçada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.

Neste artigo apresentaremos os principais contornos das novas leis 12.619/2012 e 13.103/2015, buscando, embora de forma sucinta por limitação de espaço, sublinhar os pontos de maior relevo. Para o leitor que tiver interesse no aprofundamento dos debates, a análise mais ampla e pormenorizada encontra-se no livro específico que temos sobre a matéria.

2. DO EMPREGADO AO CIDADÃO - ASSUMINDO A NOVA FACE DO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO - SAÚDE E SEGURANÇA EM FOCO

As mudanças ocorridas nos últimos anos, seja no campo doutrinário, seja no âmbito legislativo, provocadas pela EC nº 45/2004, alargaram a competência da nossa Justiça para apreciar questões oriundas da relação de trabalho em sentido amplo.

2 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta- Justiça do Trabalho- um novo rosto, à procura de uma nova identidade *in* Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho- questões controversas- Editora LTr- 2010.

Se a Lei 12.619/2012 suscitou dúvidas quanto a extensão de sua abrangência, a Lei 13.103/2015 deixou claro que as regras do novo estatuto profissional são aplicáveis não só aos motoristas empregados, mas também aos autônomos.

Entretanto, outras dúvidas permanecem.

Motoristas contratados por uma empresa estrangeira, em trânsito pelo Brasil, devem sujeitar-se à legislação brasileira? Ou deve haver distinção de tratamento entre motoristas profissionais que se ativam por uma empresa brasileira, por uma empresa sediada em um país membro do MERCOSUL, ou por uma empresa sediada em outro país não membro?

Além da necessidade de evitar que haja concorrência desleal, pela disparidade dos custos que serão suportados por quem cumpre a legislação, não se pode desconsiderar que o controle de jornada e do efetivo gozo dos períodos de descanso na verdade constituem normas de ordem pública destinadas a proteger não só o trabalhador, mas também terceiros que ao seu lado trafegam em ruas, avenidas e estradas, de sorte que a responsabilidade pelo cumprimento do marco legal deve ser imputada também ao motorista nacional autônomo e ao estrangeiro que trabalha em nosso território.

E tanto isso é verdade que, tanto a Lei 12.619/2012, quanto a Lei 13.103/2015 vieram alterar não só a CLT, mas também o CNT -Código Nacional de Trânsito- assim exigindo a observância de tais parâmetros por todo motorista profissional, independentemente da natureza jurídica do vínculo contratual.

Registre-se o constante do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - MERCOSUL/CMC/DEC, n° 05/92 – ao estabelecer em seu artigo 3° que: “Os cidadãos nacionais e residentes permanentes de um dos Estados Partes fruirão, nas mesmas condições que os cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição em tal Estado para a defesa de seus direitos e interesses.”.

Ora, se é permitido ao estrangeiro acionar a jurisdição de outro país do MERCOSUL, *a fortiori* se conclui que, quando está em solo de país membro, ainda que a trabalho e de forma transitória, submeta-se à legislação desse país, notadamente quando se tratar de motoristas, cujas funções são executadas em território nacional e estão relacionadas com as condições de segurança no tráfego rodoviário.

A corroborar tal conclusão, tem-se a Declaração Sociolaboral do Mercosul ao dispor:

Artigo 17 - Saúde e segurança no trabalho:

1. Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.

2. Os Estados Partes comprometem-se a formular, aplicar e atualizar em forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores.

Artigo 18 - Inspeção do trabalho:

1. Todo trabalhador tem direito a uma proteção adequada no que se refere às condições e ao ambiente de trabalho.

2. Os Estados Partes comprometem-se a instituir e a manter serviços de inspeção do trabalho, com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas que dizem respeito à proteção dos trabalhadores e às condições de segurança e saúde no trabalho.

Nesta questão, importante registrar também o Acordo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT),³ existente entre o Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, notadamente o constante do artigo 4º, item 1, ao prever que “aplicar-se-ão às empresas que efetuem transporte internacional, assim como a seu pessoal, veículos e serviços que prestem no território de cada país signatário, as leis e regulamentos nela vigentes.”.

Como anteriormente pontuado, não se pode perder de vista que, no caso do meio ambiente laboral do motorista, o foco está posto num espaço público, em que as condições de saúde e de segurança do trabalhador estão intrinsecamente imbricadas com os mesmos direitos assegurados a terceiros.

O novo estatuto profissional do motorista (Leis 12.619/2012 e 13.103/2015) vieram sinalizar de forma clara e expressiva que, além da natureza laboral protetiva, a limitação da jornada do motorista também está destinada a assegurar condições para o exercício da direção responsável, em benefício do entorno social em que atua, evitando que o cansaço coloque em risco a integridade física, a saúde e a segurança dos demais cidadãos.

Pioneiro na iniciativa de conferir formatação jurídica aos conceitos de macrolesão e interesse coletivo, entre outros que depois se espalharam pelo ordenamento nacional, a norma trabalhista contribui para exponenciar os efeitos irradiantes da função promocional

3 Decreto n. 99.704 de 20 de novembro de 1990.

do direito que, segundo Norberto Bobbio⁴, está direcionada ao escopo de “promover a realização de atos socialmente desejáveis”, perspectiva que no Estado contemporâneo vive movimento virtuoso de ampliação, pois é preciso utilizar os “conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais estão à altura de nos fornecer sobre as motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra.”.

3. QUESTÕES CONTROVERSAS QUANTO À JORNADA

A lei trabalhista sempre considerou como “serviço efetivo” todo o tempo em que o empregado estivesse à disposição do empregador; assim estabelecendo expressamente no artigo 4º da Consolidação das leis do Trabalho (CLT) como período a ser computado para todos os efeitos, o que provocava acirradas controvérsias acerca da jornada do motorista profissional, em razão de suas especificidades. Com efeito, tratando-se de trabalho que por sua própria natureza é executado fora do estabelecimento patronal, muitas vezes marcado por percursos de longas distâncias, considerando as ferramentas que a lei até então reputava válidas para aferição do tempo efetivamente trabalhado, exsurgia notória a impossibilidade de controle, levando a jurisprudência majoritária a aplicar o preceituado no artigo 62, inciso I, da CLT, como revela a OJ 332 da Subseção de direito individual (SBDI)-1 do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao dispor:

MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/86 DO CONTRAN

4 Bobbio, Norberto - Da estrutura à função- novos estudos de teoria do direito. Editora Manole 2007- SP- pag 36.

O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa (DJ 09.12.2003).

Por outro lado, necessário registrar a existência de julgados em sentido diverso, que viam no uso de rastreadores, tacógrafos, bips e telefones celulares a possibilidade de controle, passando a reconhecer extensas jornadas, via de regra fixadas das 05h00 às 23h00 todos os dias, muitas vezes sem intervalo para refeição e descanso intersemanal, o que redundava num número altíssimo e irreal de horas extras.

Em 15 de dezembro de 2011 a Lei 12.551 veio modificar o artigo 6º da CLT, estabelecendo que não há distinção entre o “trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância”, inserindo o parágrafo único que especifica as novas ferramentas válidas para tanto, ao prever que os “meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”.

Tal se deu em decorrência do intenso desenvolvimento da tecnologia da informação no século XXI, que veio possibilitar a utilização de novas ferramentas para supervisão e comando à distância, provocando alterações legais significativas ao descolar o conceito de personalidade da presença física. Destarte, ao reconhecer a validade jurídica dos meios telemáticos e informatizados para medir a jornada efetivamente cumprida e o tempo à disposição nas atividades externas, em que não há relação presencial contínua, a alteração do artigo 6º da CLT veio criar novos instrumentos de compatibilidade, reduzindo o alcance do conceito anteriormente referido pelo inciso I, do artigo 62 do mesmo estatuto.

Trata-se de alteração paradigmática relevante, que certamente levará a mudanças significativas na jurisprudência anteriormente consolidada.

A Lei 12.619/2012 acentuou esta diretriz, seguida também pela Lei 13.103/2015, ao disciplinar as consequências que este novo regramento trouxe aos parâmetros para aferição de jornada, criando normas especiais de tutela da atividade do motorista profissional quando inseriu artigos no Capítulo I, do Título III da CLT, entre os quais podem ser destacados os seguintes:

3.1 Tempo de direção

Ao inserir o artigo 235-D na CLT, a Lei 12.619/2012 criou uma nova figura, que denominou tempo de direção, distinguindo-o do tempo de espera, tempo de reserva, tempo de descanso, tempo de repouso e refeição, estabelecendo expressamente, no §2º, do artigo 235-C, que será “considerado trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso”. Fixou sua duração em 4 (quatro) horas, prevendo que nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista permanece fora da base da empresa e de sua residência por 24 horas, terá direito a um intervalo mínimo de 30 minutos, podendo ser fracionados o tempo de direção e de intervalo, desde que não completado o período de 4 horas ininterruptas de direção⁵.

A Lei 13.103/2015 revogou este dispositivo e disciplinou a matéria de maneira prejudicial ao trabalhador ao prever a possibilidade de fracionamento do referido intervalo de 30 minutos, a ser concedido após 04h00 (quatro) horas de direção na condução de veí-

5 Em nosso livro GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel. “Análise específica e contextualizada da Lei nº. 12.619/2012” - LTR, cuja 2ª edição encontra-se no prelo, defendemos a tese da obrigatoriedade de observância do intervalo de 30 minutos por todos os motoristas profissionais, tendo por base o artigo 67-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

culo rodoviário de passageiros, ou somente após 05h30 (cinco horas e meia) de direção no caso de transporte de cargas (artigo 67 C e §§ 1º e 1º A), o que descaracteriza a finalidade do instituto, por se tratar de tempo ininterrupto demasiadamente longo ao volante, em atividade que exige constante atenção e concentração para evitar acidentes.

3.2 Tempo de espera

A Lei 12.619/2012 tratou do tempo de espera no §8º, do artigo 235-C, trata do tempo de espera, assim considerando as horas excedentes da jornada normal, em que o motorista do transporte rodoviário ficar aguardando o carregamento/descarregamento dos veículos no embarcador/destinatário ou a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais/alfandegárias.

Os §§4º e 5º, do artigo 235-E, também fazem menção a esta nova figura jurídica, estabelecendo que quando estiver fora da base da empresa, o motorista que “ficar com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho fica dispensado do serviço, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o tempo excedente à jornada será considerado de espera”. Também será computado tempo de espera, nas viagens de longa distância, o período que exceder a jornada normal em que o motorista estiver parado “nas operações de carga ou descarga e nas fiscalizações em barreiras fiscais ou aduaneira de fronteira.”.

Um dos pontos mais polêmicos da nova lei foi inserido pelo §9º, do artigo 235-C. Ao tratar da remuneração deste período, estabeleceu que não serão “computadas como horas extraordinárias”, mas “indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30%”, o que veio desencadear intensa controvérsia.

Com efeito, a redação mal formulada, que restringe o conceito de remuneração apenas à contraprestação ao tempo em que o motorista efetivamente atua na direção do veículo, deu margem a inúmeros questionamentos por deixar de abranger também o período

em que o motorista fica à disposição do empregador, realizando tarefas conexas à função, em benefício do empreendimento econômico.

Na tentativa de dirimir tais controvérsias, a Lei 13.103/2015 alterou parcialmente a redação do § 8º do artigo 235 C, revogou os §§ 4º e 5º do artigo 235 E e alterou de maneira significativa o § 9º do artigo 235 C ao reduzir a remuneração respectiva para apenas 30% do salário-hora normal, ao invés do pagamento da hora mais adicional de 30%. Tal estipulação teve o escopo de sepultar toda a controvérsia anteriormente suscitada quanto a inconstitucionalidade de um adicional em percentual inferior a 50%, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 como patamar mínimo, mas certamente desencadeará novos debates quanto à similitude, ou não, com os institutos de sobreaviso/prontidão dos ferroviários.

3.3 Tempo de reserva

A Lei 12.619/2012 estabeleceu nos §§6º e 12, do artigo 235-E, que quando o empregador adotasse revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo, inclusive nos casos de transporte de longa distância de passageiros, o tempo que excedesse a jornada normal de trabalho, em que o motorista estivesse em repouso no veículo em movimento, dirigido por outro motorista, seria considerado tempo de reserva a ser remunerado em 30% da hora normal. Além disso, dentro do período de 24 horas, tornava obrigatória a concessão do descanso de 6 (seis) horas com o veículo parado.

Contudo, o tempo de reserva foi extinto pela Lei 13.103/2015, que retirou o referido pagamento de 30% e estabeleceu a possibilidade do veículo rodar continuamente por 3 (três) dias seguidos, com os motoristas se revezando na direção, sem parar para só então usufruir o intervalo de 6 horas, o que configura inequívoco retrocesso, por colocar em risco não só a vida do motorista, mas também dos passageiros e demais pessoas que trafegam pelas vias públicas.

3.4 Tempos de descanso

Ao exigir, e enfatizar de forma reiterada, a importância dos tempos de descanso, a lei indicou que tal questão ultrapassava os contornos contratuais trabalhistas, visando preservar as boas condições do motorista para dirigir com responsabilidade e segurança em benefício de terceiros.

A- Intervalo intrajornada

No que se refere ao intervalo intrajornada, a Lei 12.619/2012 inseriu na CLT o § 3º do artigo 235 C e o inciso II do artigo 235 D, prevendo a concessão do intervalo de 1 (uma) hora para refeição.

A Lei 13.103/2015 nestes termos manteve o regramento da matéria, mas piorou a situação do motorista que atua no transporte coletivo de passageiros ao alterar o § 5º do artigo 71 da CLT, prevenindo não só o fracionamento, mas também a redução de duração deste intervalo, além de retirar a possibilidade do não desconto da jornada, previsto na redação anteriormente conferida pela Lei 12.619/2012.

B- Intervalo entrejornada

Ao inserir o § 3º, ao artigo 235-C da CLT, a Lei 12.619/2012 assegurou ao motorista profissional intervalo de repouso entrejornada com a duração de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas.

O §10, do artigo 235-E, inserido pela Lei 12.619/2012 foi revogado pela Lei 13.103/2015, que manteve o mesmo preceito no § 4º do artigo 235 D, estabelecendo que não “será considerado como jornada de trabalho, nem ensejará o pagamento de qualquer remuneração, o período em que o motorista empregado ou o ajudante ficarem espontaneamente no veículo usufruindo dos intervalos de repouso”.

A grande dificuldade consistirá em distinguir quando o comportamento ocorre de forma espontânea, com o devido gozo do intervalo, e quando de maneira travestida, em que a permanência no veículo se destina a cuidar da carga e do patrimônio do empregador, o que evidentemente dependerá da prova, não se descurando aqui da aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, que imputa o ônus à parte que tem maior aptidão para produzi-la.

Interessante ressaltar que a exigência de gozo do intervalo entrejornada não ficou restrita ao motorista empregado. Neste sentido recente Resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN)⁶.

Apesar da Lei 13.103/2015 ter revogado os §§3º, 5º e 7º, do artigo 67-A do Código de Trânsito Brasileiro, manteve a obrigatoriedade de gozo do intervalo de 11 horas, mas no § 3º, do artigo 67 C acrescentado ao CTB, admitiu a possibilidade de fracionamento em dois períodos (8 + 3), mesmo critério adotado também em relação aos empregados “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”, conforme estabelece o § 3º do artigo 235 C, que inseriu na CLT. Ademais, também manteve o mesmo preceito da lei anterior, ao estabelecer no § 6º deste artigo que “o condutor somente iniciará uma viagem após o cumprimento integral” do intervalo de descanso.

Importante registrar que, apesar de ter minimizado a obrigação fixada pela Lei 12.619/2012 ao retirar a sanção estabelecida ao ato de permitir, no § 7º do artigo 67 C manteve o preceito que atribuiu ao transportador de cargas e de passageiros, embarcador, con-

6 Resolução CONTRAN 405 de 12/06/2012 – art. 1º- Estabelece os procedimentos para fiscalização do tempo de direção e descanso do motorista profissional na condução dos veículos de transporte e de condução de escolares, de transporte de passageiros com mais de 10 (dez lugares) e de carga com peso bruto total superior a 4.536 (quatro mil e quinhentos e trinta e seis) quilogramas, para cumprimento do disposto no art. 67-A, incluído no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, pela Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012.

signatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas a proibição de ordenar “a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza veículo” sem o gozo integral do intervalo de 11 horas de descanso, sob pena de aplicação das sanções previstas no inciso XXIII do artigo 230 quanto à configuração de infração e possibilidade de retenção do veículo.

C- Intervalos semanais

A Lei 12.619/2012 distinguiu a duração do intervalo semanal em conformidade com a duração do tempo das viagens. No §3º do artigo 235-C estabeleceu o descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas, mas o elasteceu para 36 (trinta e seis) horas quando se tratar de viagens com duração superior a uma semana, conforme dispunham os §§1º e 3º, do artigo 235-E, por ela também inseridos na CLT.

A Lei 13.103/2015 revogou tais preceitos e disciplinou a matéria no *caput* do artigo 235 D, adotando o critério único de 35 horas semanais (incluindo 24 horas de repouso semanal e 11 horas de intervalo entrejornadas) para ambas as situações. Entretanto, manteve a possibilidade de fracionamento, sendo 5 horas cumpridas na mesma semana em continuidade a um período de repouso diário, e 30 horas para gozo postergado por ocasião do retorno à base (matriz /filial) ou ao seu domicílio.

A razão disso, conhecida há tempos, é possibilitar maior recuperação física e mental do trabalhador, notadamente àqueles que trabalham à distância, permitindo-lhe preservar as relações sociais no local em que tem seu domicílio, além da possibilidade de desfrutar um tempo maior na companhia de seus familiares, assim conferindo efetividade aos artigos 6º e 226 da CF/88.

Imperioso registrar que no § 2º, do artigo 235 D, limitou a cumulatividade dos períodos de 30 horas não concedidas ao número de 3 (três) descansos consecutivos, a fim de obrigar a compensação

dentro do mesmo mês, conforme explicitamos de maneira detalhada na 2ª edição de nosso livro.

4. A GRANDE CELEUMA: LOCAL PARA GOZAR OS TEMPOS DE DESCANSO

Ao reconhecer que a fixação de um limite de jornada ultrapassa as balizas meramente contratuais, ampliando sua exigência para preservar a integridade física e a segurança não só do empregado, mas de todo motorista, a nova regra promove um encontro do direito do trabalho com suas origens. Além disso, considera tal exigência imprescindível para garantir a segurança de terceiros que trafegam⁷ pelas vias públicas e estradas, assim contribuindo para reduzir o elevado número de acidentes, escopo ressaltado por Sebastião Geraldo, ao ponderar que:

(...) a redução dos riscos inerentes ao trabalho sempre foi o norte, a preocupação central, o ponto de partida e de chegada de qualquer programa serio sobre prevenção de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Em razão dessa constatação axiomática, a Constituição de 1988 expressamente estabeleceu como direito dos trabalhadores a ‘redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança’ (artigo 7, XXII). Estamos, portanto, diante de um principio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas no local de trabalho.

Ocorre que, apesar de todas as evidencias,

7 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica a saúde do trabalhador. LTr. 6 edição. Sao Paulo. 2011- pag 147.

a doutrina não concedeu ao mencionado princípio o devido reconhecimento e nem o mesmo enquadramento como tal. É provável que a preocupação com as consequências dos acidentes e das doenças ocupacionais tenha desviado os estudos para o campo da infortuna, restando pouca dedicação ao desenvolvimento das técnicas e das normas de prevenção. (...)

Ademais, importante ressaltar ter o artigo 9º da Lei 12.619/2012 expressamente estabelecido que:

As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.

A Lei 13.103/2015 ampliou esta abrangência em seu artigo 9º, não só ao inserir a exigência quanto à observância das condições de segurança, mas também por ampliar os limites de aplicação, ao dispor :

Art. 9º As condições de **segurança**, sanitárias e de conforto nos locais de espera, de

repouso e de descanso dos motoristas profissionais de transporte rodoviário de passageiros e rodoviário de cargas terão que obedecer ao disposto em normas regulamentadoras pelo ente competente.

§ 1º É vedada a cobrança ao motorista ou ao seu empregador pelo uso ou permanência em locais de espera sob a responsabilidade de:

I - transportador, embarcador ou consignatário de cargas;

II - operador de terminais de cargas;

III - aduanas;

IV - portos marítimos, lacustres, fluviais e secos;

V - terminais ferroviários, hidroviários e aeroportuários.

§ 2º Os locais de repouso e descanso dos motoristas profissionais serão, entre outros, em:

I - estações rodoviárias;

II - pontos de parada e de apoio;

III - alojamentos, hotéis ou pousadas;

IV - refeitórios das empresas ou de terceiros;

V - postos de combustíveis.

Nestes termos, imputou a obrigação de observância deste preceito não só ao empregador e a empresa transportadora, mas também ao embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais ferroviários, hidroviários e aeroportuários, operador intermodal de cargas e agente de cargas, aduanas e portos, o que certamente ensejará muitos debates judiciais quanto à formação de litisconsórcio dos legitimados a responder pelo pólo passivo nas demandas trabalhistas.

Face às dimensões e a abrangência das alterações propostas, teria sido apropriado fixar um período de *vacatio legis* mais dilatado. Como isto não ocorreu, a entrada em vigor da Lei 12.619/2012 desencadeou intensos movimentos de protesto com a paralisação de rodovias em São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Rio Grande do Sul. Um número elevado de caminhões ficaram parados, muitos com cargas perecíveis, o que provocou transtornos consideráveis. Entre as razões do conflito, duas se apresentaram com maior intensidade:

A existência de poucas áreas de descanso nas principais rodovias do país, o que comprometeria o cumprimento da regra, ante a proibição de permanecer no acostamento das rodovias e a falta de segurança para estacionar em qualquer lugar.

O encarecimento dos custos, que viria reduzir o valor das comissões e a rentabilidade econômica da atividade explorada, despertando o descontentamento também dos empregadores e motoristas autônomos, que assim contribuíram para que houvesse uma paralisação de grande dimensão.

Apesar de intenso nos primeiros dias, o movimento logo recrudescer quando todos perceberam que o cumprimento das novas regras visava garantir não só melhores condições de vida e trabalho aos motoristas, mas também a segurança nas estradas do país, que vinham registrando um crescente e preocupante aumento de acidentes, muitos com vítimas fatais, deixando para trás um rastro de desolação e sofrimento, que muitas vezes poderiam ser evitados.

Isso sem falar nos prejuízos econômicos, a dificuldade no escoamento de nossas safras agrícolas e bens industriais, que encarecem o produto brasileiro e acarretam sua perda de competitividade.

Entretanto, a movimentação de paralisação das rodovias voltou a ocorrer por iniciativa dos transportadores autônomos, que pressionaram pela aprovação açodada da nova Lei 13.103/2015 que, infelizmente, veio reduzir e precarizar muitos direitos anteriormente assegurados aos motoristas, atribuindo em seu artigo 10º ao poder público a obrigação de adotar medidas para a disponibilização de

espaços apropriados ao gozo dos intervalos para repouso, descanso e tempo de espera, em um tempo excessivamente dilatado de 5 (cinco) anos, o que pode frustrar o adimplemento de melhores condições de trabalho aos motoristas.

5. DIÁLOGO DAS FONTES

Na esteira do preceituado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, o novo estatuto profissional do motorista veio reconhecer o valor normativo da negociação coletiva, assim fixando parâmetros para o diálogo das fontes, que possibilita várias formas de inter-relação entre as autônomas e heterônomas, criando áreas de confluência para garantir a oxigenação de um ordenamento jurídico saudável e apto a operar com funcionalidade, não só na solução das controvérsias já instaladas, mas também na prevenção de conflitos.

Nesta esteira, importante ressaltar que a negociação coletiva poderá ter sua atuação ampliada para abranger também obrigações de fazer/não fazer, que possam levar a procedimentos e providências necessárias para evitar/reduzir a ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho.

É uma nova perspectiva que se abre para a atuação mais efetiva e eficaz da negociação coletiva, pautada pelo horizonte do neoconstitucionalismo, que pode levar à superação do nefasto neocorporativismo, que insiste em continuar impregnando o ordenamento e poderá causar sua necrose, levando ao retrocesso das conquistas sociais e trabalhistas obtidas até hoje.⁸

8 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta - Neocorporativismo x neoconstitucionalismo: um debate sindical contemporâneo - Editora Bonijuris. Curitiba. Revista Bonijuris nº 611. Outubro de 2014. pags. 30 a 39 e Revista LTr- novembro de 2014.pags. 1300 a 1307

6. CONCLUSÕES

Atentas às características peculiares que formatam a realidade fática da atividade do motorista, e às novas ferramentas de controle e supervisão disponibilizadas pelos meios telemáticos e informatizados de comando, as Leis 12.619/2012 e 13.103/2015 vieram conferir outro balizamento para a interpretação do conceito de *incompatibilidade*, previsto no inciso I, do artigo 62 da CLT, surgindo com duplo propósito.

De um lado criar norma especial de tutela para o motorista profissional, estimulando o diálogo das fontes, de outro impulsionar a função promocional do direito do trabalho e seus efeitos irradiantes para o ordenamento jurídico, visando estimular conduta preventiva que possa impedir o surgimento de novas lesões e novos conflitos, assim atuando em benefício da integridade física, da saúde e da segurança, não só dos trabalhadores, mas de todos que trafegam pelas ruas, avenidas e estradas de nosso território, com ele dividindo o mesmo meio ambiente, tornando ainda mais premente o desafio de sobrepor o discurso da realidade sobre a pseudo realidade criada pelo discurso.

Conseguiremos?

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto- Da estrutura à função- novos estudos de teoria do direito. Editora Manole 2007.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel- Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo-

Revista Magister de Direito do Trabalho- vol 47- p.55-74- 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta e GEMIGNANI, Daniel. Análise específica e contextualizada da Lei nº. 12.619/2012, LTR, São Paulo, 2014.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta- Justiça do Trabalho- um novo rosto, à procura de uma nova identidade in Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho- questões controversas- Editora LTr- 2010.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta - Neocorporativismo x neoconstitucionalismo: um debate sindical contemporâneo - Editora Bonijuris. Curitiba. Revista Bonijuris n. 611. Outubro de 2014

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica a saúde do trabalhador. LTr. 6ª edição. São Paulo. 2011.

3 A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O PLURALISMO JURÍDICO

José Augusto Segundo Neto

Juiz do Trabalho do TRT da Sexta Região. Especialista em Decisão Jurídica pela UFPE. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

INTRODUÇÃO

A regulação dos direitos dos povos indígenas e tribais surge na agenda internacional em fins do século XIX. Em que pese inexistir um mandado específico em relação aos povos indígenas, o fato de a OIT ter adotado convenções que não se limitam a temas laborais possui razões históricas.

Enquanto que a preocupação central da Sociedade das Nações era esclarecer as normas vigentes entre os Estados e manter o *status quo* internacional a fim de salvaguardar a Paz, a problemática indígena não passou despercebida da OIT, organismo internacional que procura fomentar a justiça social, fazendo viva a disposição preambular de sua constituição “*a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social*”.

A QUESTÃO INDÍGENA E A OIT

Historia José Manuel Lastra (2008) que em 1921 a OIT efetuou estudos para analisar as condições em que sobrevivem as populações indígenas. Esta organização, em 1926 por meio do Conselho de Administração instituiu uma Comissão de Expertos em Trabalho Indígena, cujo objetivo era formular normas internacionais dirigidas a estes trabalhadores. Os frutos dos esforços realizados por esta Comissão, intituíram as bases para elaborar a Convenção nº 29 sobre o trabalho forçado, em 1930. Posteriormente surgiu em 1936, a Convenção nº 50, acerca do recrutamento dos trabalhadores indígenas e, mais adiante, em 1939 foi firmada a Convenção nº 64, relativa à regulamentação dos contratos escritos de trabalho dos trabalhadores indígenas, tempos depois, em 1947, foi elaborada a Convenção nº 86, referente à duração máxima dos contratos de trabalho dos trabalhadores indígenas. Com a experiência obtida, a OIT insistiu no tema da nova conta para o ano de 1955, ao expedir, na Trigésima Oitava Reunião, a Convenção nº 104, dirigida à abolição das sanções penais por incumprimento do contrato de trabalho por parte dos trabalhadores indígenas.

Na busca da promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas, a OIT celebrou tratado que definem os direitos exclusivamente laborais dos trabalhadores indígenas e os relacionados com direitos coletivos – não só laborais, representados pelas Convenções nº 107 e nº 169.

A Convenção nº 107 caracterizava-se por indicar uma política indigenista de integração nacional (monocultural), ou seja, considerava os povos indígenas como transitórios, pois os Estados tinham por obrigação sua integração à cultura nacional. (MOLINA, 2014, p. 328).

Na conferência nº 76, de 27 de junho de 1989, com 328 votos a favor, um contra e 49 abstenções, foi aprovado o texto da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais que, junto com a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas,

constitui um dos corpos legais fundamentais do Direito Internacional indígena. (MOLINA 2014, p. 329)

Para Virginia Leary (1999)¹,

A Convenção nº 169 da OIT é uma Convenção de trabalho internacional atípica porque difere de outras convenções da OIT no seguinte: (1) sua temática e (2) a participação (apesar de limitada) em sua redação de atores não governamentais que não fossem organizações de trabalhadores ou empregadores (é dizer, as organizações indígenas). O alcance dos programas de assistência técnica da OIT em apoio ao Convenio também é um aspecto excepcional dentro da Organização.

Com a transição da Convenção nº 107 para a Convenção nº 169, abandonou-se a teoria integracionista e paternalista passando-se a reconhecer as culturas e as visões de mundo desses povos assim como sua plena participação nos processos decisórios e de outros fatores que lhes dizem respeito de modo a se garantir o direito a determinar suas próprias prioridades. (PIPER, 2001, p 14-15).

CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

Além do preâmbulo, resumindo as considerações mais importantes que estiveram presentes quando de sua elaboração, a

¹ “(...) el Convenio No. 169 de la OIT es un convenio de trabajo internacional atípico porque difiere de otros convenios de la OIT en lo siguiente: (1) su temática y (2) la participación (aunque limitada) en su redacción de actores no gubernamentales que no fueran organizaciones de trabajadores o empleadores (es decir, las organizaciones indígenas). El alcance de los programas de asistencia técnica de la OIT en apoyo al Convenio también es un aspecto excepcional dentro de la Organización”.

estrutura da Convenção nº 169 da OIT se integram por oito partes de conteúdo e duas de disposições gerais e finais: I. Política geral (arts. 1º - 12); II. Terra (arts. 13-19); III. Contratação e condições de emprego (arts. 20); IV. Formação profissional, artesanaria e indústrias rurais (arts. 21-23); V. Segurança social e saúde (arts. 24-25); VI. Educação e meios de comunicação (arts. 26- 31); VII. Contatos e cooperação através das fronteiras (art. 32); VIII. Administração (arts. 33); IX. Disposições gerais (arts. 34-35); X. Disposições finais (arts. 36-44).

Em relação à estrutura formal da Convenção aprovada no Brasil, há equívoco em sua confecção, pois o texto aprovado pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, consta na epígrafe no artigo 21 o termo “Indústria Rural”, sem qualquer referência à expressão “Parte III” ou ao título “Formação profissional, artesanaria e indústrias rurais” na forma aprovada pela 76ª Conferência da Organização Internacional².

A convenção destina-se aos governos dos países que a firmaram: “*deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade*”. (art. 2º).

Em relação aos sujeitos de direitos, foi adotado o termo *povos* no lugar de *populações*, usada na Convenção nº 107. Os governos resistiram à utilização desse termo, por associá-lo ao conceito de *autodeterminação* ou *livre determinação* (LEARY, 1999, p 28). Por essa razão foi acrescido o art. 1.3: “*A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.*”. Assim, a expressão “povos indígenas” tem um significado particular, limitado aos termos do acordo.

2 http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

Também controverso o uso da expressão *territórios* por temor que fosse interpretado como um atentado à soberania dos Estados independentes, o que pacificou a utilização da expressão “terras e territórios”, mantendo-se intacta a importância do vínculo entre a cultura e as vidas dos povos indígenas e suas terras. (LEARY, 1999, p 31).

Já os artigos 6.1 e 7.1 expressam que os governos devem estabelecer meios que permitam aos povos interessados participar na tomada de decisões em todos os níveis administrativos e legislativos. O espírito de consulta e participação, com indicação de hipóteses em que são obrigatórias, é a pedra angular, nos dizeres de Elina Mereminkaya (2011, p 235)..

A Convenção nº 169 também orienta que os governos deverão respeitar “*a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação*”³ e Define território indígena como aquele que “*abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma*”⁴.

A CONVENÇÃO 169 E O PLURALISMO JURÍDICO

Em relação à conjuntura indígena, o contexto da última década do século XX foi marcada pelo questionamento internacional aos 500 anos do descobrimento/invasão das Américas; pela adoção da Convenção nº 169 da OIT; pelos movimentos de reivindicação de direitos dos povos indígenas e, em consequência dos processos de redemocratização dos países da região, pelas reformas constitucio-

3 Art. 13.1 da Convenção nº 169 da OIT

4 Art. 13.2. da Convenção nº 169 da OIT

nais de vários países latino-americanos. No que Raquel Fajardo (2004, p. 172) denomina de “Horizonte Pluralista” houve uma tendência nas reformas constitucionais empreendidas de países que formam a Comunidade Andina das Nações: Colômbia, Peru, Bolívia, Equador e Venezuela, destacando-se o reconhecimento: a) do caráter pluricultural do Estado/Nação/República; b) dos direitos dos povos indígenas e das comunidades camponesas; c) do direito indígena e a jurisdição especial.

Os povos indígenas foram reconhecidos como sujeitos políticos e não como objeto de políticas ditadas por outros, ou seja, como sujeitos com direitos a controlar e auto definir suas próprias instituições.

No Brasil, o Congresso Constituinte de 1988 incluiu o Capítulo VIII (Dos Índios) ao Título VIII (Da Ordem Social). Entretanto, foi tímido no enfrentamento de questões relacionadas com a plurinacionalidade, multiculturalidade, interculturalidade e pluralidade jurídica.

Registra Raquel Fajardo (2003) que os países andinos que incluíram alguma forma de do reconhecimento do direito e jurisdição especial indígena foram Colômbia (1991), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999). Na realidade, a primeira mudança desses textos constitucionais está no reconhecimento do caráter pluricultural e multiétnico da configuração estatal da nação, o que é premissa ao reconhecimento da pluralidade linguística e jurídica.

O Equador, por exemplo, segundo o artigo 1º de sua Constituição (1988)⁵ é reconhecido como um Estado democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico.

Registra Raúl Llasag Fernandez (2008. P. 182 e ss.) que o princípio da plurinacionalidade se sustenta no reconhecimento de todas as diversidades, sejam elas étnicas, culturais ou de outra natureza, acrescentando que esse princípio implica a obrigação estatal

5 Art. 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

de garantir o direito a viver como povos diferentes em seu próprio território, com suas particularidades visões, crenças, formas de organização sócia, política, econômica e jurídica, tomando importância o princípio da complementariedade (o ser humano é parte do todo e da natureza).

A interculturalidade, por seu turno, funda-se na necessidade de construir relações entre as diversidades, como também entre práticas, lógicas e conhecimentos distintos dessas diversidades, com o afã de construir a unidade na diversidade. (WALSH, 2002, FERNANDEZ, 2008, p. 185).

Nesse sentido multicultural, o seguinte considerando extraído do preâmbulo da Convenção nº 169, no qual se reconhece “*as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram*”.

Uma das consequências dos princípios da plurinacionalidade e multiculturalidade está no reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, possibilitando uma articulação democrática com o sistema judicial nacional e os poderes do Estado. (FAJARDO 2003).

A título de exemplo, os textos constitucionais colombiano e peruano reconhecem a função jurisdicional e a autoridade das comunidades indígenas de acordo com seu direito consuetudinário: A Constituição da Colômbia de 1991, em seu artigo 246⁶ estabelece que “As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários a Constituição e leis da República”

6 «*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial com el sistema jurídico nacional*”

No mesmo sentido, a Constituição peruana de 1993, artigo 149⁷: “*As autoridades das Comunidades campesinas e nativas com o apoio das Rondas Campesinas, podem exercer as funções jurisdicionais dentro do seu âmbito territorial de conformidade com o direito consuetudinário sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa*”.

As normas constitucionais acima lançadas seguem as orientações traçadas nos artigos 8.2 e 9.1 da Convenção n^o 169 da OIT.

Observe-se que o reconhecimento de órgãos de resolução de conflitos indígenas, suas normas e procedimentos limitam-se aos direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional.

Como dito alhures, no Brasil a discussão sobre multiculturalidade e pluralismo jurídico é bastante tímida, em que pese o último censo (IBGE, 2010) ter levantado uma população indígena de aproximadamente 896.917 distribuídos em 305 etnias que falam 274 línguas diferentes alocados, em sua maioria, em 695 áreas reconhecidas como terras indígenas.

Apesar do acanhamento brasileiro em validar o sistema jurídico formado pelo direito consuetudinário vigente em determinada Comunidade, a sentença proferida nos autos do Processo n^o 0090.10.000302-0 (0000302-88.2010.8.23.0090)8 9 na Comarca de Bonfim/RR excepciona a regra geral. Analisando fato típico ocorrido em 20 de junho de 2009 na comunidade indígena do Manoá, onde o acusado DENILSON (Índio) após ingerir bebida alcoólica desferiu

7 “*Las autoridades de las Comunidades campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*”

8 Disponível em http://www.tjrr.jus.br/tjrr-siscom-webapp/pages/proc_texto_inteiro.jsp?comrCodigo=90&numero=1&listaProcessos=009010000302&tipoRetorno=html&procAno=10&procNumero=302&movNumero=101&cCom=90&cNum=1

9 <http://www.radaroficial.com.br/d/5512341282095104>

facadas na vítima ALANDERSON (Índio), seu irmão, que veio a falecer, foi declarado que o Estado Nacional não teria direito à pretensão punitiva.

Após o ocorrido, em 26 de junho de 2009, os Tuxauas e membros do Conselho da comunidade indígena do Manoá se reuniram para analisar o caso e punir o índio Denilson, como de fato ocorreu. No dia 6 de abril de 2013, reuniram-se novamente lideranças indígenas Tuxauas de várias comunidades e, após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON várias penalidades além dessas: afastamento da Comunidade Manoá por mais 5 (cinco) anos para a Região Wai Wai; cumprir o regimento interno do Povo Wai Wai; participar do trabalho comunitário; participar de reuniões e eventos desenvolvidos pela Comunidade; não comercializar sem a permissão da Comunidade juntamente com a Tuxaua; aprender a cultura a a língua Wai Wai.

Com efeito, o Estado substitui os particulares e traz para si o direito de punir, agindo por meio de órgãos próprios. Entretanto essa regra pode ser excepcionada em conformidade com o descrito na Convenção nº 169 da OIT, na norma indicada no artigo 57 da Lei nº 6.001/73¹⁰ e no artigo 231 da Constituição Federal. A autoridade judiciária prolatora da decisão, no que chamou de “Duplo jus Puniendi”, declarou que não poderia ser aplicado o direito estatal quando a Comunidade indígena soluciona o caso aplicando seus usos e costumes (direito consuetudinário indígena).

Nos fundamentos da sentença foi consignado que “*o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária*”, ou seja, o Estado só atua nos casos em que a nação indígena não julgar seu integrante.

10 Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais e disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

CONCLUSÃO

É possível a coexistência do direito nacional e consuetudinário, sendo aquele subsidiário a este. E isso ganha peso quando trabalhamos com o fenômeno do pós-positivismo, onde as fontes melhor se equilibram, mitigando a lei frente aos princípios jurídicos. Não é inviável o reconhecimento de um sistema normativo próprio das comunidades ancestrais no interior de um mesmo espaço social. E, mais do que isso, ao existir uma dupla normatividade há uma violência em potencial, qual seja, a possibilidade de um indígena sofrer dupla punição: a que impõe o sistema positivo dominante e aquela imposta pelo seu grupo étnico.

No atual desenvolvimento dos direitos humanos impõe-se a aceitação de um sistema normativo próprio a uma comunidade indígena, como reflexo de uma sociedade multicultural, reconhecendo essa comunidade enquanto sujeito político, capaz, inclusive de criação de norma jurídica de natureza penal, de forma autônoma, independente e, talvez, antagonista ao sistema penal vigente no Estado nacional. A visão intercultural e o caráter pluralista da justiça, positivado pelo direito internacional dos direitos humanos, faz viva as normas previstas na Convenção nº 169 da OIT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo nacional de 2010**. IBGE. Censo 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=rr> Acessado em 30/06/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acessado em 10/06/2015.

BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm Acessado em 25/05/2015

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia 1991. Disponível em http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm Visualizada em 15/08/2015.

EQUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador 2008. Disponível em http://www.inocar.mil.ec/web/images/lotaip/2015/literal_a/base_legal/A._Constitucion_republica_ecuador_2008constitucion.pdf Acessado em 15 de agosto de 2015.

FAJARDO, RAQUEL YRIGOYEN. Variaciones sobre la justicia comunitaria *In* El otro derecho, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia

_____. **Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos.** 2003. Disponível em <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>). Acessado em 10/06/2015.

FERNÁNDEZ, Raul Llasag. La jurisdicción indígena em el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. *In* **La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad** AULEDA, Carme Castells; AIRES, Buenos.. Disponível em http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/eventos/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/LA_Jurisdiccion_Indigena.pdf Visualizado em 20/08/2015.

LASTRA, José Manuel Lastra. El convenio 169 em la legislación mexicana: impacto y perspectivas. *In* **Revista Letras Jurídicas**, nº 15, Jan. 2015. Mexico: Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana

LEARY, Virginia A. **La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas.** San José, (CR): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

MEREMINSKAYA, Elina. El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales Derechos Internacional y experiencias comparadas. **Estudios públicos** n° 121, verano 2011. Disponível em http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/autor_2077.html , Acessado em 10/08/2015.

MOLINA, José Rodrigo Urrutia. **Principales aspectos relativos a la implementación del convenio núm. 169 da OIT** In Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo. **Madrid: Dykinson. 2014**

PERU. CONSTITUCION POLITICA DEL PERU – 1993. Disponível em <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf> Acessado em 15/08/2015.

PIPER, Gillian. Convenio núm. 169: 10 años después los pueblos indígenas y tribales y la OIT. In **Trabajo, Revista de la OIT.** Núm. 40, Agosto 2001.

OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. **Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169).** Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. Disponível em _____

_____ Convenção n° 169. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/513> Com acesso em 29/08/2015.

4 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E O SEU GARANTE CONSTITUCIONAL: ESTUDO EM HOMENAGEM À JUÍZA DO TRABALHO LÚCIA TEIXEIRA DA COSTA OLIVEIRA.

Renata Conceição Nóbrega Santos

Juíza do Trabalho do TRT da Sexta Região.
Mestranda em História Social da Cultura Regional
pela UFRPE.

DA JUSTIFICAÇÃO

A preocupação quanto ao meio ambiente de trabalho e seu equilíbrio é algo que se apresenta de modo recorrente no dia a dia das demandas judiciais trabalhistas.

Tal questão, após a Emenda Constitucional n. 45/2005, teve seu relevo acentuado. Não houve mais dúvida de que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as controvérsias envolvendo trabalhadores e empregadores nas ações cujo objeto envolva acidentes e doenças ocupacionais, nos termos súmula vinculante n. 22 do Supremo Tribunal Federal – STF, que expressamente enuncia: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes

de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”.

Todavia, mesmo antes de tais regramentos constitucional e jurisprudencial, muitos dos Juízes do Trabalho se mantinham firmes no entendimento de que esta competência já lhes tocava e, para estes profissionais, já era corrente a preocupação no enfrentamento dos pormenores dessa temática.

Dentre tais profissionais, encontrava-se a Juíza do Trabalho Lúcia Teixeira da Costa Oliveira, integrante da primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, a qual, em matéria de responsabilização, pautava seus argumentos na ideia de que o empregador, pela própria função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII e art. 170, inciso III, ambos da Constituição Federal – CF), detinha responsabilidade diferenciada e, especialmente quanto ao meio ambiente do trabalho, este ator social se tornara “garante constitucional” de um meio ambiente hígido e seguro. A Magistrada me despertou a atenção. Em sua linha de raciocínio, referia-se ao empregador enquanto garante, relacionando-o à previsão do § 2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro (CPB).

Acompanhei em várias ocasiões suas explanações a respeito e elas sempre externavam uma curiosa expressão: “garante constitucional”. Isso aconteceu em aulas e mesmo em conversas despretensiosas ocorridas há mais de 08 anos. Fui tomada pela curiosidade de pesquisar acerca do tema, mas não houve qualquer publicação em matéria de segurança e meio ambiente de trabalho que eu tenha acessado ao longo destes últimos 08 anos de buscas que tenha utilizado tal expressão ou construído arcabouço conceitual aplicável a esse conjunto de palavras que me intrigou.

Não tendo a Juíza Lúcia Teixeira da Costa Oliveira deixado material publicado e diante de meu insucesso em encontrar outro autor que assumisse o lugar vazio desta criação, passei a me utilizar da figura de “garante constitucional” em meus textos, certa de que

tal expressão fora cunhada por ela, Lúcia, mas também por ela fora deixada órfã, uma vez que não a publicou em livros ou artigos científicos, bem como não revelou de modo estruturado uma elaboração conceitual do “garante constitucional”, o que sempre me impedia de fazer uma citação bibliográfica da fonte. Foi este vazio que me instigou nestas linhas.

Decidi romper este silêncio para fazer registrar a expressão “garante constitucional” enquanto advinda do brilhantismo da Magistrada, que há alguns anos também deixou a nós órfãos de sua presença material. Aceitei, pois, o desafio que me acompanha há tantos anos para tentar traçar linhas gerais acerca do instituto do garante penal e do tratamento dado pela CF de 1988 aos direitos à saúde e ao meio ambiente e trazer à tona a figura do “garante constitucional”.

Penso que a minha demora na tentativa de evidenciar substrato teórico ao instituto do “garante constitucional” reside na certeza de que qualquer conceito construído nesta abordagem não fará jus à riqueza intelectual daquela que cunhou a expressão. Entretanto, sei que já não era sem tempo de empreender a tentativa, seja para salvaguardar bibliograficamente a fonte, seja para abrandar a falta que a presença de Lúcia e de sua inteligência vária e provocativa me faz.

DA CONDUTA, DA OMISSÃO, DOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO E DO DEVER DE GARANTIA

Partindo da concepção de direitos enquanto interseções mínimas indispensáveis ao equilíbrio dinâmico da sociedade (SOUTO, 2003), na qual devem prevalecer as condutas esperadas ou não proibidas, as normas jurídicas se constituem em comandos de fazer, de não fazer e de tolerar, regulando fatos (REALE, 1968) que aquela comunidade de pessoas valore como relevantes para manutenção des-

se equilíbrio das forças simbólicas (BOURDIEU, 1992) que as funda e as identifica enquanto grupo comum.

Especificamente na seara penal, as regras de conduta não toleradas se constituem em topologia mínima que desenha a geografia das condutas humanas inaceitáveis pelo grupo comum. São inaceitáveis porque desarticulam o equilíbrio de forças que permite a existência desse grupo comum. Assim, as regras penais, para além de sua perspectiva punitiva e repressiva, revelam o paradigma mínimo, a condição indisponível de existência daquele grupo que se pretende coeso e harmônico e que se identifica como tal, alinhavando pelo sentimento de estabilidade e pertença de cada um de seus integrantes, por mais diversos que sejam (HALL, 2005).

As condutas são reguladas de modo a manter o grupo em equilíbrio, mas não de modo estático. O arranjo é em fluxo não caótico, na medida em que o fator de desestrutura e caos gerado pela conduta não tolerada é punido. A reprimenda é aceita pelo grupo como medida de retomada do equilíbrio dinâmico: “Convenha-se que, mesmo abstraídas as leis penais, todo indivíduo normal, que cresce como membro da comunhão civil e vai natural e gradativamente afeiçoando seu espírito ao clima ético circundante, aos imperativos da moral prática que o solicitam desde a infância, tem, de regra, a clara intuição do que deve evitar para não se pôr em antítese com o escopo social de coordenação e coadaptação das atividades em comum” (HUNGRIA et al, 1978).

Dito isto, penso que a conduta humana, seja comissiva, seja omissiva, dá ensejo à incidência das regras penais quando apresenta relação de causalidade com o resultado não tolerado pelo grupo comum. O resultado é a revelação material deste devir condicional, ou seja, é a alteração ocorrida no mundo dos fatos e que se relaciona a uma conduta *sine qua non* tipificada em nosso ordenamento jurídico positivo: “Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1984). Em seu § 2º dispõe que “a omissão é penalmente relevante

quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1984).

Ao definir a conduta omissiva e abordar a sua relação causal, Nelson Hungria destacou que a integração nessa cadeia de resultados não é meramente mecânica, mas admite uma dimensão lógica: “Tem-se procurado demonstrar que a omissão é mecanicamente causal(...). O problema só admite solução quando se considera que causa não é apenas um conceito naturalístico, senão também um conceito lógico. Do ponto de vista lógico, é condição de um resultado a não-interferência de forças que podem impedir o seu advento. Quem deixa de impedir um evento, podendo fazê-lo, é condição dele, tanto quanto as condições colaterais que tendiam para a sua produção. Para se aferir da causalidade da omissão, deve ser formulada a seguinte pergunta: ‘teria sido impedido pela ação omitida o evento subsequente? Se afirmativa a resposta, a omissão é causal em relação ao evento” (HUNGRIA, 1978).

Especificamente no que diz respeito ao dever de agir, o penalista entendia não ser necessária uma positivação categórica da própria norma penal material acerca de quem possuiria o dever jurídico de evitar o resultado. Lecionava que “seria inteiramente ocioso é dizer-se que a omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico” (HUNGRIA, 1978), pois o simples fato de a omissão figurar na relação causal só se justificava quando o *non facere* violasse o dever jurídico de agir.

Em todo caso, o advento da nova parte geral do CPB em 1984 trouxe disposição expressa acerca do dever de agir e da omissão causal. Na exposição de motivos, consta do item 13 os fundamentos das normas relativas às condutas omissivas e aos detentores do dever de agir: “Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir,

estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas” (BRASIL, 1984).

Destarte, com tal regramento em vigor, não tenho dúvida de que a violação do dever jurídico de agir se tornou relevante caso tal quebra ocasione um resultado não tolerado e típico. Há, pois, no art. 13, §2º, do CPB tanto uma regra de adequação típica mediata, quanto uma norma penal em branco e que se refere a uma das modalidades anômalas de delito, qual seja, o crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, pois são “os delitos de ação excepcionalmente praticados por omissão, restrita [a omissão] aos casos de quem tem o dever de impedir o resultado” (NUCCI, 2011).

A dogmática penal desenvolveu teorias “acerca dos critérios necessários para a configuração da posição de garantia, que consistem basicamente na teoria formal (ou clássica) e na teoria material (funcional) das fontes jurídicas” (QUIRINO, 2012).

A teoria formal ou clássica, na qual se estrutura o § 2º do art. 13 do CPB (DOS SANTOS, 2006 *apud* QUIRINO, 2012), entende que apenas lei, contrato ou conduta anterior geradora do risco de produção do resultado são fontes dos deveres de garantia, de modo que não haveria uma obrigação originária de omissão por parte do cidadão e, sendo assim, “para a existência de um delito de omissão, sempre seria necessário um fundamento jurídico especial que desse base à obrigatoriedade do agir (lei ou contrato)” (JESCHECK, 1993 *apud* QUIRINO, 2012).

Concluo, pois, que para perfeição do tipo nos crimes omissivos impróprios é indispensável a adequação típica mediata através do § 2º do art. 13 do CPB, bem como que esta norma encerra uma espécie de norma penal em branco no que diz respeito ao agente, já que a noção de garante omissivo precisa ser integralizada pela definição normativa de quem é o sujeito que possuía o dever de garantia do bem jurídico e que de tal encargo não se desincumbiu.

DA SAÚDE DO TRABALHADOR, DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E DO DEVER CONSTITUCIONAL DE GARANTIA

A Constituição de 1988, ao tratar do meio ambiente em seu art. 225, não apenas salvaguardou constitucionalmente o meio ambiente enquanto direito, mas imputou a todos o dever de mantê-lo em equilíbrio: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (destaquei) (BRASIL, 1988).

Não por outra razão que o constituinte determinou ao poder público, na atuação sistematizada de efetivação do direito à saúde, ter por alvo a proteção ao meio ambiente do trabalho: “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I a VII – omissis; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (destaquei) (BRASIL, 1988).

As normas de medicina e segurança do trabalho são de ordem pública, e nos termos do art. 7º, inciso XXII, o empregador detém o dever constitucional de garantia, na medida em que é corresponsável pela manutenção do meio ambiente de trabalho saudável: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

O empregador, portanto, tem o dever não só de fornecer os meios que reduzam ou extingam os riscos da atividade, mas o poder-dever de fiscalização dos trabalhadores, para que estes efetivamente façam uso dos meios fornecidos. Destaco que a legislação trabalhista expressamente caracteriza como ato faltoso a recusa injustificada do obreiro em utilizar equipamento de segurança e proteção

fornecido pelo empregador (artigos 157, 162 e 166, todos da Consolidação de Leis do Trabalho – CLT).

Cumpre-me registrar que o legislador nesta matéria, apesar de atribuir deveres ao trabalhador, não o coloca em posição equivalente à do empregador. É que o art. 158 da CLT fala em deveres de observância e de colaboração do empregado, enquanto o art. 157 da CLT elenca deveres de cumprimento e fiscalização, dando inclusive meios de coerção e disciplina em caso de recusa injustificada, tipificando tal conduta como ato faltoso (art. 158, parágrafo único, da CLT).

Com isso, estou certa de que o constituinte regulou a condição jurídica do empregador, tornando-o “garante constitucional” de um meio ambiente de trabalho saudável e assim o fez porque “todo o sistema jurídico encontra-se calcado na preservação da qualidade do ambiente de trabalho e na prevenção de acidentes e doenças ocupacionais”, de modo que, para o empregador, “dentro os deveres anexos de conduta, existe o dever de proteção ao patrimônio físico, psicológico e moral do trabalhador” (DELLEGRAVE NETO, 2007).

Tal dimensão constitucional, para além da esfera do individual do trabalhador que se acidenta ou fica doente no exercício de seu ofício, alcança a própria coletividade de trabalhadores. O tratamento constitucional dispensado ao meio ambiente enquanto dever oponível *erga omnes*, revela, da mesma forma, proteção *erga omnes*. Diante disso, a efetividade de tal direito está atrelada necessariamente às tutelas preventivas e, em se tratando de meio ambiente do trabalho, estas se revelam em obrigações de não fazer.

Logo, considerando que a tutela preventiva atende ao interesse de uma coletividade, em caso de ocorrência do dano ambiental, por um *facere* proibido ou não tolerado que o desrespeito a um direito dessa natureza atinge a coletividade, lesada pela inobservância

do dever de garantia imposto pela CLT e elevado à guarda constitucional de direitos e deveres: “O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano [...] O que é importante é que se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo de tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e como as de iniciativa privada” (DA SILVA, 2000).

O labor humano não constitui uma mercadoria, mas um instrumento a serviço da dignidade humana, cujas funções precípuas no seio social são inclusão e revelação de cidadania. Registro que, embora as relações de trabalho sejam espécies do gênero relações de natureza privada, o que sobressai desta questão é justamente o aspecto coletivo que lhe funda, evidenciando que o “Direito do Trabalho é dotado de dupla natureza: uma, de ordem patrimonial e a outra, de ordem pessoal. Protege-se o trabalhador, em decorrência de sua posição jurídica, mas, igualmente, porque as relações de produção têm interesse social para comunidade. A tutela do sistema jurídico não se restringe aos interesses pessoais das partes contratantes. Tem um objetivo que transcende esta órbita estritamente individual (...). O século XIX transcorreu sob a regência da liberdade de contratar, desprovido de leis trabalhistas, haja vista que o individualismo jurídico era o suporte de todo o direito comum. Considerando, todavia, que a história é sempre uma marcha contínua pela liberdade e igualdade social, foi no bojo mesmo do sistema capitalista que surgiram as idéias do intervencionismo estatal. A existência de vínculos econômicos e sociais tão díspares evidenciava que a liberdade provocava o domínio do mais forte sobre o mais fraco. Diante dessas constatações, são criadas leis dotadas de caráter de ordem pública, limitando a liberdade

contratual e procurando proteger o hipossuficiente contra os abusos dos poderosos economicamente” (ARAÚJO, 2003).

Ademais, quanto ao meio ambiente do trabalho, não há como se falar em relações de natureza privada, uma vez que tanto o direito à saúde e quanto o direito ao meio ambiente de trabalho que proporcione higidez física e mental ao trabalhador não carregam qualquer nota transacional. Ao revés, guardam seus atributos constitucionais de normas de ordem pública e, por isso mesmo, cogentes e indisponíveis.

Foi clarividente a opção do constituinte brasileiro em opor a toda a coletividade, e não apenas ao Estado, o dever de promoção e manutenção do meio ambiente em equilíbrio. E, dadas as balizas constitucionais do valor social do trabalho e da função social da propriedade, o Estado brasileiro estabeleceu dentre os princípios gerais da atividade econômica a defesa do meio ambiente (art. 170, caput e inciso VI, da CF).

Assim, a partir da constitucionalização de princípios, a exemplo do risco criado e do poluidor pagador, é revelada uma categorização constitucional do dever jurídico de garantia do empregador ou, na expressão da Juíza do Trabalho Lúcia Teixeira da Costa Oliveira, atribuiu-se ao empregador a condição de “garante constitucional” de um meio ambiente do trabalho seguro e saudável.

DAS PALAVRAS FINAIS

Na breve justificação deste texto é que reside a sua razão de existir. Sem a pretensão de esgotar quaisquer dos temas atinentes ao dever jurídico de garantia, aos crimes comissivos por omissão e ao empregador enquanto garante constitucional de um meio ambiente do trabalho preservado, temáticas estas que por si só já dariam ensejo a diversos desdobramentos, as linhas que aqui se traçaram pretenderam registrar o brilhantismo de uma mente que, como Nelson Hungria, tinha aversão às águas estagnadas: “Muitas vezes, com a

minha fácil e irreprimível exaltação, fui provocador de acalorados debates, em que todos nos empenhávamos, imprimindo ondulações na superfície de nosso até então invariável ‘manso lago azul’. Não me arrependo de tê-lo feito. Tenho aversão às águas estagnadas, que só servem para emitir efúvios malignos ou causar emanações mefíticas” (HUNGRIA, 1961 *apud* FUCK, 2012).

De minha parte, apenas me resta tomar de assalto as palavras de Orozimbo Nonato que originalmente dirigidas a Nelson Hungria, aqui peço licença para dedica-las a Lúcia: “Éramos uma lagoa plácida e o Nelson [a Lúcia] nos transformou em um mar revoltoso”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE ARAÚJO, Eneida Melo Correia. **As relações de trabalho: uma perspectiva democrática**. São Paulo: LTR, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

DELLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. LTR: São Paulo, 2007

FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

HALL, Stuart. **Identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal – Volume I, Tomo II**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUIRINO, Mateus Castriani. Reinterpretando a posição de garante no Código Penal Brasileiro. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília: a. 11 – n. 38, p. 245-278, jan./jun. 2012.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000

SOUTO, Cláudio. **O que é pensar sociologicamente**. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília: 191-A, p. 1, 05 out.1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília: p. 11937, 09 ago. 1943.

BRASIL. Lei nº 7.209/1984, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**. Brasília: s.v., s. p., 13 jul. 1984.

5 O (DES) CAMINHO DO RETROCESSO NA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO NO BRASIL: CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO E PROJETOS DE LEI DESCONEXOS

Luciana Paula Conforti

Juíza do TRT da Sexta Região. Mestre em Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos pela UFPE. Doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho.

A história dos Direitos Humanos demonstra como os instrumentos jurídicos foram sendo criados e estendidos progressivamente a todos os países, em defesa da dignidade humana, contra a violência, a discriminação, o aviltamento e a exploração.

Gabriela Neves Delgado destaca que os direitos humanos não se revelam de forma estanque na história, tampouco evoluem de forma linear. Enquanto padrão de humanidade e também reivindi-

cação de ordem moral, os direitos humanos encontram-se em permanente processo de construção e reconstrução, surgindo, no curso histórico, mediante processo cumulativo e quantitativo.¹

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, dispõe que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Assim, há o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, nenhum indivíduo, independentemente do gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode afirmar-se superior aos demais.²

A Declaração e o Programa de Ação de Viena, de 1993, reafirmaram o empenho solene de todos os Estados e a obrigação primeira dos governos de cumprirem com as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal e da proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relacionados com os direitos humanos e com o Direito Internacional, reiterando a essencialidade da cooperação internacional (Item 1).

No âmbito do Direito Internacional, delineou-se o sistema normativo internacional de direitos humanos, como um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Por sua vez, no Direito Constitucional Ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.³

1 DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, Justiça social e Direito do Trabalho**. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: LTr, 2012, p. 176-177.

2 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13.

3 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no país, adota como parte de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Na perspectiva e afirmação do Estado Democrático de Direito, fundado e ancorado na Constituição da República, tais fundamentos se concentram na compreensão do sentido e da extensão do direito fundamental ao trabalho digno.⁴

O principal bem a ser protegido é a dignidade humana, na concepção kantiana de que, dotada de vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia. Segundo Kant, a liberdade de todo indivíduo possui íntima relação com a igualdade natural, através da qual existe a impossibilidade moral de alguém ser obrigado pelos demais a mais coisas do que estão obrigados com respeito a nós. O homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento.⁵

Como afirma Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 introduziu a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana.⁶

Segundo Ingo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover condições que viabilizam e removam toda

4 DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, Justiça social e Direito do Trabalho**. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: LTr, 2012, p. 55.

5 KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993, p. 55.

6 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.⁷

A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente no século XX. Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tal como o engano de outrem mediante falsas promessas.⁸

Tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que objetivam a retirada do trabalho degradante e da jornada exaustiva do tipo penal, previsto no art. 149 do Código Penal, que trata do trabalho análogo à escravidão no Brasil, tornando a previsão do crime completamente dissociada da realidade atual.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 81, de 05.06.2014, o art. 243 da Constituição foi alterado, passando a prever, além da expropriação sumária de imóveis urbanos e rurais em que for constada a cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, a destinação dos imóveis ou das áreas à reforma agrária e a programas de habitação popular. A aplicação da medida de expropriação, no entanto, está dependendo de regulamentação em lei específica.

A grande discussão em torno da regulamentação da matéria está na nova definição de trabalho escravo, que tecnicamente deveria ser trabalho análogo à de escravo. O PLS 432/2013 propõe a retirada do tipo penal das condições degradantes de trabalho e da jornada exaustiva, exigindo para a configuração do crime, ameaça de punição, uso de coação e que a relação de trabalho tenha se concluído de maneira involuntária.

Outras propostas legislativas que descaracterizam o crime de redução à condição análoga à escravidão são o PL 3842/2012, o

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015, p. 90.

8 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

PL 2464/2015 e a reforma do Código Penal (PLS 236/2012), com as principais alterações do PLS 432/2013.

As justificativas para as alterações propostas nos projetos de lei são no sentido de que o conceito atual é “muito vago” e que está em desacordo com a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que só menciona trabalho forçado, o que não encontra qualquer amparo.

Quando um país ratifica uma Convenção Internacional se compromete a cumpri-la, especialmente no que respeita à proteção dos direitos humanos, devendo adotar mudanças para o alcance de tal objetivo. Nessa esteira, a principal obrigação de um Estado é a mudança da legislação interna, se contrária à Convenção Internacional e prejudicial à proteção do ser humano, já que aplicável, em cada caso, a norma que ofereça melhor proteção à vítima.⁹

As normas internacionais apenas estabelecem padrões mínimos e universais a serem seguidos, devendo cada Estado adotar a legislação que mais atenda às suas especificidades econômicas, sociais e culturais.

O trabalho degradante é aquele que ofende a dignidade, avilta, humilha, desconsidera a humanidade, ofende a honra objetiva e subjetiva, coloca em risco a vida, a saúde e a integridade do trabalhador.¹⁰

O meio ambiente do trabalho, como integrante do meio ambiente geral (art. 200, VIII da CF), deve ser preservado por todos (art. 225, *Caput* da CF), sendo inadmissível que nos dias atuais ainda existam trabalhadores sendo tratados como coisas ou animais, sem água potável, instalações sanitárias, sem qualquer proteção em face

9 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**, São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2015, p. 134-135.

10 A definição de trabalho degradante, ao contrário do que mencionado nas justificativas apresentadas nos projetos de lei, é clara, como já reconhecido na jurisprudência dos Tribunais Superiores do país (Inquérito 3412/AL, STF, Rel. Min. Rosa Weber; MS 14017/DF 2008/0271496-6, STJ, Rel. Min. Herman Benjamin; RR - 178000-13.2003.5.08.0117, TST, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho).

dos riscos do trabalho, com o oferecimento de alimentação de péssima qualidade e até deteriorada.

No que respeita à jornada exaustiva, deve ser entendida como aquela que impõe, de forma persistente, alta intensidade ao trabalho e não só quando verificado o descumprimento da jornada regular, sendo comum nos trabalhos por produção ou nos pagamentos calculados por hora, sem a garantia das pausas, intervalos e descansos legais remunerados.

Sobre o trabalho extra, a comissão de expertos da OIT analisou situações em que, aproveitando da vulnerabilidade dos trabalhadores, houve a exigência de trabalho sob ameaça da perda do emprego ou do recebimento de pagamento inferior ao salário mínimo, entendendo que, em tais casos, não se trata apenas de más condições de trabalho, mas de real imposição de trabalho, desafiando à proteção da Convenção nº 29.¹¹

Com relação ao conteúdo da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, deve ser entendido no contexto histórico de sua aprovação.

Ângela de Castro Gomes relata entrevista concedida no ano de 2005, por Roger Plant, responsável pelo Programa Internacional de Combate ao Trabalho Forçado da OIT, à Revista da ANAMATRA. Quando indagado sobre o motivo de a Convenção nº 29 citar “trabalho forçado”, Plant explicou que o termo nascera ligado às formas de exploração do trabalho em época de colonialismo, voltando-se mais especificamente para populações colonizadas, em regiões de pequeno desenvolvimento industrial.

Assim, tanto em 1930, como em 1957, quando foi promulgada a Convenção nº 105, o que a OIT estava considerando em relação a tal designação eram formas de exploração do trabalhador impostas por um Estado a povos submetidos à sua dominação política e econômica. Algo muito distinto das “novas formas de trabalho

11 **Derecho internacional del trabajo y derecho interno**: manual de formación para jueces, juristas y docentes em derecho. Trabajo forzoso. Centro Internacional de Formación de la OIT. Italia, Turím, 2014, p. 9.

forçado”, que só começaram a ser identificadas nas últimas décadas do século XX. Nesses casos, empresas e atores privados são responsáveis pela situação, e não mais o poder público. Nesse contexto, a OIT passou a pressionar os Estados para assumirem as suas responsabilidades no combate a tais práticas de exploração, não só com a aprovação de uma legislação específica e punitiva, mas deixando de promover uma excessiva debilitação ou flexibilização da legislação já existente de regulação do mercado de trabalho.¹²

Caso a alteração do conceito de trabalho análogo à escravidão seja aprovada, haverá retrocesso sem precedentes, além da transformação da PEC do Trabalho Escravo em mais uma lei para “inglês ver”, a exemplo da primeira lei que previu a extinção do tráfico negreiro no país, em 1831.

Como explica Emília Viotti da Costa, o país tornou-se dependente econômico da Inglaterra. Essa dependência datava da transferência da Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, quando D. João VI, em recompensa pela ajuda dos ingleses, concedera-lhes vários privilégios comerciais. Em 1826, por ocasião da renovação dos tratados comerciais, a Inglaterra impôs ao governo brasileiro a abolição do tráfico de escravos dentro de três anos. Pela lei de 7 de novembro de 1831, o governo brasileiro declarou que seriam considerados livres todos os africanos introduzidos no território nacional daquela data em diante, impondo severas penas aos infratores. A referida lei, no entanto, foi solenemente ignorada e o número de escravos introduzidos no país aumentou ainda mais. Entre 1831 e 1850, quando houve a edição de nova lei proibindo o tráfico, mais de meio milhão de escravos foi introduzido no Brasil, gerando fortunas para as elites da época.¹³

Os princípios consagrados nas Convenções nº 29 e nº 105 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, têm sido amplamente aceitos

12 GOMES, Ângela de Castro. Justiça do Trabalho e trabalho análogo a de escravo no Brasil: experiências, limites e possibilidades. In: **A Justiça do Trabalho e sua história**. GOMES, Angela de Castro; SILVA, Fernando Teixeira da (Org.), Campinas-SP: Unicamp, 2013, p. 514-515.

13 COSTA, Emília Viotti da. **A abolição**. 9. ed. São Paulo: Unesp, 2010, p. 25-26.

pelos Estados membros e recebido um respaldo praticamente universal, passando a fazer parte inalienável dos direitos fundamentais dos seres humanos, com a incorporação em diversos instrumentos internacionais, tanto universais como regionais.¹⁴

Com a adoção da Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, em 1998, isso foi reforçado, com o compromisso dos Estados membros da OIT de respeitar, promover e aplicar os quatro direitos e princípios fundamentais, neles incluída a abolição de todas as formas de trabalho forçado, independentemente de terem ratificado as Convenções pertinentes.

A proibição do uso de trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, é considerada na atualidade como uma norma imperativa na legislação internacional moderna sobre direitos humanos. Tais formas de trabalho são consideradas graves violações de direitos humanos, condenadas universalmente e sua proibição alcançou o status de *jus cogens*, aceita pela comunidade internacional de Estados como uma norma que não admite derrogação (art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969).

Apesar de todos os esforços, o trabalho forçado ou obrigatório continua existindo em muitos países e milhares de pessoas em todo o mundo estão a eles submetidas. Há, também, em escala mundial, a manutenção de trabalhadores em regime de servidão por dívidas, mediante o tráfico de seres humanos com fim de exploração sexual e laboral, envolvendo não só adultos, como também crianças, o que tem sido fruto de renovada preocupação internacional.¹⁵

Embora o trabalho forçado persista em formas tradicionais com vestígios da escravidão e da servidão por dívidas, novas formas

14 **Derecho internacional del trabajo y derecho interno:** manual de formación para jueces, juristas y docentes em derecho. Trabajo forzoso. Centro Internacional de Formación de la OIT. Italia, Turím, 2014, p. 1.

15 **Derecho internacional del trabajo y derecho interno:** manual de formación para jueces, juristas y docentes em derecho. Trabajo forzoso. Centro Internacional de Formación de la OIT. Italia, Turím, 2014, p. 1.

de submissão surgiram, o que requer a atualização e renovação dos compromissos internacionais assumidos.

Segundo a OIT, atualmente existem cerca de 21 milhões de pessoas vítimas de trabalho forçado em todo o mundo, com a estimativa de que a cada ano as formas modernas de escravidão geram ganhos de 150 bilhões de dólares à economia privada.¹⁶

Para abordar melhor essas formas contemporâneas de escravidão, em junho de 2014, a OIT adotou um novo Protocolo, vinculado à Convenção nº 29, de caráter vinculante.

O Protocolo à Convenção nº 29 reforçou o marco legal internacional contra o trabalho forçado ao introduzir novas obrigações relacionadas com a prevenção, proteção das vítimas e com o acesso a compensações, no caso de danos materiais ou físicos, por exemplo. Além disso, requer que os governos adotem medidas para proteger melhor os trabalhadores de práticas de recrutamento fraudulentas ou abusivas, especialmente trabalhadores migrantes e enfatiza o papel a ser desempenhado por parte de empregadores e trabalhadores.

A primeira condição fundamental para a abolição do trabalho forçado é a existência de legislação que o defina claramente, proíba e aplique sanções aos que cometerem o crime no território nacional, sendo de extrema relevância o papel dos juízes na efetiva punição dos responsáveis e das demais autoridades competentes, para a proteção das vítimas, evitando que fiquem expostas a situações de vulnerabilidade e exploração, inclusive os trabalhadores migrantes indocumentados, o que requer cooperação internacional e a colaboração entre os Tribunais Nacionais.¹⁷

Na Convenção nº 29 da OIT, a expressão trabalho forçado ou obrigatório designa todo trabalho ou serviço exigido de um indi-

16 Disponível em: [<http://www.oit.org.br/content/oit-adota-novo-protocolo-para-combater-formas-modernas-de-trabalho-forcado>] Acesso em: 12.08.2015

17 **Derecho internacional del trabajo y derecho interno**: manual de formación para jueces, juristas y docentes em derecho. Trabajo forzoso. Centro Internacional de Formación de la OIT. Italia, Turim, 2014, p. 2.

víduo sob ameaça de uma pena qualquer e para qual o trabalhador não tenha se oferecido voluntariamente.

A ameaça de uma pena qualquer envolve sanções penais, assim como, várias formas de coerção, como a violência física, restrições, coações, intimidações ou abusos psicológicos. Além do endividamento, a pena pode ser relativa à perda de direitos ou de benefícios relacionados com mérito funcional, como a promoção ou ameaça de transferência, quando o empregado se negar a realizar determinada atividade espontaneamente.¹⁸

A questão do oferecimento voluntário tem gerado diversas discussões, sendo importante trazer a interpretação da OIT sobre a matéria. Inicialmente, se houver qualquer tipo de ameaça, ainda que indireta, não há que se falar na existência de consentimento. Uma imposição externa ou a coação moral do trabalhador, também podem descaracterizar a existência do consentimento, como, por exemplo, quando é induzido a engano e vítima de falsas promessas, se há retenção dos documentos e imposição para que fique à disposição.¹⁹

Além do consentimento livre, exige-se que o trabalhador seja informado, de forma minuciosa, sobre as condições de trabalho, devendo, em qualquer caso, ter absoluta liberdade para deixar o emprego. Nesse sentido, o consentimento inicial pode ser considerado irrelevante quando obtido com vício, mediante fraude ou quando o trabalhador não tem liberdade de trabalho ou autodeterminação.

No Brasil, os aliciadores atraem os trabalhadores para prestarem serviços nas áreas rurais, muitas vezes em locais distantes das suas residências, oferecendo-lhes condições vantajosas de trabalho, geralmente inexistentes. Devido à necessidade do deslocamento e até pelo adiantamento de valores, além da facilitação da compra de materiais, os trabalhadores chegam aos seus destinos endividados e, em alguns casos, sequer recebem os seus pagamentos, ficando impe-

18 *Ibid.*, p. 8.

19 *Ibid.*, 13.

didados de deixarem o emprego.²⁰ No meio urbano, a conduta tem sido mais comum por intermédio da terceirização, como nos serviços de confecção e da construção civil,²¹ sendo a maior parte dos resgates por trabalho degradante e jornada exaustiva.²²

O alto índice de resgates entre os trabalhadores terceirizados, como ressaltam Delgado e Amorim, retrata o uso abusivo da contratação como forma de esconder responsabilidades e dificultar a identificação dos reais beneficiários da exploração criminoso. Nessas condições, o emprego perde seu conteúdo ético e sua qualidade institucional, sendo mero disfarce para a prática delituosa.²³

Com relação à Convenção nº 29 da OIT, cabe aos Estados não tolerar a imposição de trabalho forçado por parte de terceiros, sob qualquer de suas formas, em todo o território nacional, devendo estabelecer garantias legais para tanto. O art. 25 da referida Convenção prevê que o ato de exigir ilegalmente trabalho forçado ou obrigatório será objeto de sanções penais, devendo tal aplicação ser efetiva.

O Brasil possui legislação adequada à conceituação de trabalho análogo à de escravo, fruto de avanço social e de compromissos nacionais e internacionais assumidos,²⁴ tendo a OIT reconhecido o

20 FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Pisando fora da própria sombra**: escravidão por dívida no Brasil contemporâneo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 34-35, 249, 251.

21 Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/ministerio-divulga-balanco-do-trabalho-escravo-em-2014>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

22 Como no Paraná, por exemplo, em 90% dos resgates. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/o-fim-do-trabalho-escravo-no-brasil-ehsc71faw10r0e7pi0yno9tu6>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

23 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 112.

24 A alteração do conceito de trabalho análogo à de escravo pela Lei 10.803/2003, que deu nova redação ao art. 149 do Código Penal, foi fruto de compromisso assumido pelo país na solução amistosa do Caso José Pereira (nº 11.289), perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

avanço da legislação nacional, com a alteração do art. 149 do Código Penal pela Lei 10.803/2003.

Atualmente não se concebe a existência de trabalhadores escravizados, com o uso de correntes, algemas ou sujeitos a castigos físicos diretos. As formas contemporâneas de escravidão exigem maior abertura no conceito, para melhor proteção dos direitos humanos, já que envolvem situações muito mais complexas do que a mera coação física ou a restrição direta da liberdade de locomoção.

Como ressaltam Acioli e Assis, embora conscientes de que o passado não dilui o presente, não podemos deixar de notar que a rede de infortúnios tecida pela obra da escravidão a fez chegar à contemporaneidade. Não se pode ainda deixar de observar que a Lei Áurea de 1888 foi a propulsora da mudança jurídica fundamental na vida do trabalhador no Brasil sob o regime da escravidão; institucionalmente ele passou a ser livre. Quanto à liberdade, comporta vários significados e para sua compreensão é necessária a sua historicização, ou seja, a consideração dos dados da realidade em que o termo é posto, para que não fique sem sentido.²⁵

Segundo Marcus Carvalho, a liberdade é um processo de conquistas, um caminho a ser percorrido, e não uma situação estática ou definitiva. Por causa desta historicidade, o conceito de liberdade é mutável com o tempo. Ser ou não ser livre era uma questão histórica objetiva no Brasil e as pessoas viviam efetivamente todos os efeitos e consequências desse processo. Hoje em dia, a liberdade está intimamente ligada à noção de autonomia individual, dentro de uma sociedade normatizada, na qual as pessoas são consideradas iguais perante a lei.²⁶

25 ACIOLI, Vera Lúcia Costa; ASSIS, Virgínia Maria Almoedo de. **A Justiça e o Direito como estratégias de resistência ao trabalho escravo em Pernambuco: da Colônia à República.** Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/memoriaehistoria/site/docs/artigos/artigoestrategias.pdf>> Acesso em: 28 ago.2015.

26 CARVALHO, Marcus J. M. de. **Liberdade: rotinas e rupturas do escravismo no Recife, 1822-1850.** 2. Ed. Recife: UFPE, 2010, p. 214.

Os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional para a alteração do conceito previsto no art. 149 do Código Penal nenhum avanço trarão para a erradicação do trabalho análogo à de escravo no Brasil, além de violarem a Constituição de 1988 e as normas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores, inclusive o direito fundamental ao trabalho digno. Apesar de haver previsão do aumento da pena (nos PLS 236/2012 e PLS 432/2013), dificultarão, ainda mais, a punição dos responsáveis, uma vez que também propõem a retirada do tipo penal do preposto, do intermediário ou do chamado “gato”, exigindo que a conduta seja cometida diretamente pelo empregador, deixando de criminalizar toda a rede de aliciamento que atua em tais casos.

A OIT recomendou ao Brasil o aumento da pena do crime de manter trabalhadores em condições análogas à de escravo (sem a modificação do conceito), além da aprovação de projeto de lei que impeça a concessão de financiamentos públicos, vantagens fiscais e a participação em licitações públicas, inclusive a transformação em lei da lista suja, adotada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, até o momento, sem sucesso.²⁷

Consoante se vê, o Brasil tem muitos caminhos a seguir para avançar na erradicação do trabalho análogo à de escravo, no entanto, sinaliza o (des) caminho da alteração prejudicial e reducionista da legislação em vigor, violando a Constituição e descumprindo a Convenção nº 29 e seu Protocolo de 2014, além da Convenção nº 105 da OIT e outros instrumentos internacionais ratificados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLI, Vera Lúcia Costa; ASSIS, Virgínia Maria Almoedo de. **A Justiça e o Direito como estratégias de resistência ao trabalho escravo em Pernambuco: da Colônia à República.**

27 **NORMLEX**, base de datos de la OIT sobre las Normas Internacionales del Trabajo y sobre la legislación nacional sobre trabajo. Perfil del País: Brasil. Disponível em: [www.ilo.org/normlex] Acesso em: 10.08.2015.

Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/memoriaehistoria/site/docs/artigos/artigoestrategias.pdf>> Acesso em: 28 ago.2015.

CARVALHO, Marcus J. M. de. **Liberdade: rotinas e rupturas do escravismo no Recife, 1822-1850**. 2. Ed. Recife: UFPE, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Emília Viotti da. **A abolição**. 9. ed. São Paulo: Unesp, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, Justiça social e Direito do Trabalho**. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: Ltr, 2014.

Derecho internacional del trabajo y derecho interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes em derecho. Trabajo forzoso. Centro Internacional de Formación de la OIT. Italia, Turín, 2014.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Pisando fora da própria sombra: escravidão por dívida no Brasil contemporâneo**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GOMES, Ângela de Castro. **Justiça do Trabalho e trabalho análogo a de escravo no Brasil: experiências, limites e possibilidades**. In: **A Justiça do Trabalho e sua história**. GOMES, Angela de Castro; SILVA, Fernando Teixeira da (Org.), Campinas-SP: Unicamp, 2013.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993.

NORMLEX, base de datos de la OIT sobre las Normas Internacionales del Trabajo y sobre la legislación nacional sobre trabajo. Perfil del País: Brasil. Disponível em: [www.ilo.org/normlex] Acesso em: 10.08.2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional, São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.

6 FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL: SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

José Soares Filho

Juiz do TRT da 19ª Região, aposentado; mestre e doutor em Direito pela UFPE; professor da Universidade Católica de Pernambuco; membro efetivo do Instituto Latinoamericano de DerechodelTrabajo y de La Seguridad Social, do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Especialista em *derechoslaborales* - Curso de *Especialización para Expertos Latinoamericanos* Universidad de Castilla-la Mancha, UCLM, Espanha.

I - INTRODUÇÃO

Com a fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, em 11 de agosto de 1827, completou-se, teoricamente, a independência nacional.

Pouco tempo antes (há menos de cinco anos) havia sido proclamada nossa independência política;urgia, então, promover nossa emancipação intelectual. Com efeito, antes vigoravam entre

nós as Ordenações do Reino de Portugal, como sistema jurídico importado da metrópole e, por conseguinte, precário, que não mais correspondia à fase de maturação de nosso processo político, em andamento.

Na feliz expressão do professor Haroldo Valladão¹, a Fundação dos Cursos Jurídicos, no Brasil, “foi a verdadeira Carta Magna da nossa independência cultural: deslocava-se de Coimbra para a nossa terra e ampliando-se num sentido fortemente progressista o antigo e único centro oficial de formação do nosso ensino superior”. Não como uma dádiva do Alto, mas como uma reivindicação da própria nacionalidade, ideal de uma revolução de intelectuais que formavam a elite cultural da Colônia.

Os Cursos Jurídicos – que representavam as primeiras instituições de ensino superior no Brasil – surgiram, concomitantemente, em Olinda e São Paulo capital, não por simples coincidência, mas porque o anseio de cultura dos brasileiros encontrou em Pernambuco e São Paulo dois centros de polarização e as duas capitais intelectuais do país.

II – INSTALAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL

Fundados em 1827, por lei de 11 de agosto, foram instalados em 1828 - em 1º de março, em São Paulo, e em 15 de maio, em Olinda. Nesta última cidade, o Curso teve como seu instalador e primeiro diretor interino, por quatro anos, o professor mineiro, de São João del-Rey, Lourenço Ribeiro. Houve estudos preparatórios à matrícula, que incluíam as cadeiras de: Latim, em prosa e verso; Francês e Inglês, em prosa e verso; Retórica e Poética; Lógica, Metafísica e Ética; Aritmética e Geometria; História e Geografia. Tais estudos

1 *In História do Direito especialmente do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977, p. 113.

constituíram, nas duas academias jurídicas, pela Lei nº 7 de novembro de 1831, o “Curso Anexo”, então chamado Colégio das Artes.

Funcionou, entre aquelas duas grandes sedes culturais, um sistema que Haroldo Valladão denominou de sistema de vasos comunicantes, observando que, “nessa comunhão espiritual, nas duas cidades, dos estudantes do norte, do sul e do centro do país, se plasmou a unidade cultural, a unidade literária, jurídica e política, base indestrutível da unidade brasileira”². Destarte, Teixeira de Freitas³ matricula-se em Olinda em 1832, vai para São Paulo, onde faz o segundo, o terceiro e o quarto anos, e volta para Olinda, onde se forma em 1837; José de Alencar vem de São Paulo para Olinda, onde faz a terceira série, em 1848; Carvalho Moreira (Barão de Penedo) inicia o curso em Olinda, em 1834, e conclui em São Paulo, em 1838. Os professores são comuns aos dois centros: José Bonifácio, o Moço, João Dabney de Avelar Brotero e Oliveira Escorel lecionaram em Pernambuco e foram transferidos para a Faculdade de São Paulo; Pedro F. de Cavalcânti de Albuquerque foi nomeado para esta e depois passou a ensinar na de Olinda.

As duas Academias Jurídicas transformaram-se em Faculdades de Direito, passando a de Olinda a funcionar no Recife, onde outros notáveis alunos se destacaram, entre os quais Rui Barbosa, o Barão do Rio Branco, Joaquim Nabuco, Fagundes Varela, Castro Alves, Aureliano Lessa.

Estavam, assim, lançados os fundamentos da cultura jurídica brasileira. A formação de nossos líderes políticos e intelectuais, até então feita na Europa – especialmente nas Universidades de Coimbra, Sorbonne e Oxford -, tinha condição de realizar-se em nosso meio, com as características da cultura nacional. Surgiu, pois, inicialmente, a tendência de o currículo do Curso Jurídico dar ênfase aos estudos *do direito nacional* e ciências sociais, incluindo, além do

2 *Ibidem*, pág. 114.

3 **Teixeira de Freitas** foi um dos mais notáveis juristas das Américas, que teve o grande mérito de codificador do direito privado latino-americano.

direito natural e do *direito das gentes*, do direito pátrio civil, criminal e da história da legislação nacional, da filosofia jurídica e da história das legislações antigas, o Direito Público, estatística universal, Geografia política, Direito político ou análise das constituições dos diversos governos antigos e modernos, Economia política, História filosófica e política das nações ou discussão histórica de seus interesses recíprocos e suas negociações. Posteriormente, entraram no currículo o Direito Mercantil e Marítimo e a Economia Política. Foi excluído o direito romano, que posteriormente (em 1854) veio a constar com a disciplina “Institutas de Direito Romano”. Deu-se especial atenção ao direito comparado e ao direito internacional, sendo o Brasil precursor do ensino deste nos currículos.

O preenchimento das primeiras cátedras fez-se por livre escolha do Governo e recaiu em ilustres personalidades, formadas pelas Universidades de Coimbra, de Paris, de *Aix-en-Provence*, de Goetingen, de Bolonha. Depois, a seleção dos professores era rigorosa, tendo como pressuposto o grau de *doutor* e requisito, a aprovação em concurso, tanto para os denominados lentes proprietários (titulares, na linguagem de hoje), quanto para os substitutos e os dos cursos preparatórios (Lei de 7.11.1831).

III – OS CURSOS JURÍDICOS INAUGURAM NOVO AMBIENTE CULTURAL NO BRASIL

Os dois cursos jurídico-sociais representavam, no dizer de Haroldo Valladão⁴, o começo de vida nova no ambiente cultural do Brasil, pelo que deviam ser nacionalistas e progressistas, característica essa que se revelou no estudo das instituições jurídicas pátrias e de disciplinas como Economia Política, Direito Comercial e Marítimo, Direito Público e das Gentes, com o objetivo de se formarem dignos e hábeis diplomatas nas cortes, que representassem com honra a nação no teatro político. Os jovens estudantes expandiam suas

4 *Ibidem*, p. 116.

ideias efervescentes e davam azo a seu potencial intelectual, através da imprensa acadêmica, com numerosos jornais, ecos, folhas, revistas, de várias espécies (filosóficos, literários, dramáticos), em múltiplas associações estudantis (ateneus, sociedades, grêmios, clubes) e até no teatro acadêmico. Havia biblioteca com variado acervo, que continha não só obras das ciências jurídicas e sociais, mas também as que eram geralmente reconhecidas como indispensáveis para o verdadeiro conhecimento e desenvolvimento delas; e o “Prêmio de Mérito Literário”, correspondente a uma medalha de ouro com o peso de uma onça.

Os Cursos Jurídicos constituíram-se, pois, em laboratório das ideias que iriam servir de diretriz para a vida política e social do país e meio de preparação de cidadãos para os postos de governo, para os cargos de administração, da política, da magistratura. Na esfera política e administrativa tivemos, como produtos daquelas Faculdades de Direito, Euzébio, Zacarias, Nabuco, Rio Branco, entre muitos outros. Na expressão de Joaquim Nabuco, “já as Faculdades de Direito eram antessalas de câmara”⁵. Mencione-se, também, como valiosa contribuição nesse sentido, o Seminário de Olinda, que preparou não somente candidatos ao sacerdócio, mas também homens vocacionados para as letras, as ciências, a administração pública e a atividade política.

Das Academias partiram os grandes movimentos literários, além de correntes filosóficas e jurídicas, que se tornaram fator de criação, consolidação, progresso e reforma de nossas instituições políticas e sociais, pois o culto das letras se irmanava com o nacionalismo. Destaque-se, a respeito, o nascimento da escola condoreira, nas pessoas admiráveis de Álvares de Azevedo e Fagundes Varella, em São Paulo, e Castro Alves, no Recife. Este atuou nas duas Academias, unindo Recife e São Paulo, numa integração jurídico-literária e social de todo o Brasil, o que lhe valeu o título de *Patrono dos Estudantes de Direito do Brasil*.

5 In *Um Estadista do Império*. Apud Haroldo Valladão. Op. cit, p. 117.

IV – INSIGNES HOMENS PÚBLICOS FORMADOS NOS CURSOS JURÍDICOS

Castro Alves, assim como o grande Teixeira de Freitas, era natural da Bahia; porém, ambos tiveram sua formação jurídica em Pernambuco e em São Paulo, onde encontraram terreno propício para o desenvolvimento de seu potencial intelectual e suas virtudes humanas. Em sua curta vida neste Planeta (24 anos apenas), Castro Alves aplicou suas energias e seu talento, o vigor de sua mocidade, em favor das mais sublimes causas da humanidade, como verdadeiro apóstolo da justiça social. Cumpriu essa excelsa missão entre 1862 e 1870, dos 17 aos 23 anos, escrevendo, declamando, discursando, pela imprensa, pelo livro, pela palavra oral, nas faculdades, nos teatros, nos centros e associações, nos salões, nas tertúlias, nas rodas boêmias, com orações, versos, poemas, epístolas, peças dramáticas etc. Cantou o torrão natal, o Brasil, a América, o Universo. Exaltou a independência, a liberdade, a fraternidade, a igualdade social, a República, a justiça, o voto feminino. Condenou a tirania, a prepotência, o egoísmo, a escravidão, a iniquidade. Foi patriota, democrata, humano. Fez com veemência a defesa dos oprimidos, verberando contra a escravidão dos negros, em criações poéticas que compõem a antologia da literatura brasileira e são obras-primas dos sentimentos cristãos, expressão máxima da dignidade humana. Destaque-se, entre elas, o famoso poema *Navio Negreiro*. No teatro Santa Isabel, do Recife, ainda ecoam os brados da oratória de Castro Alves e Joaquim Nabuco, dois grandes paladinos da causa da abolição da escravatura e da instituição da República. Esses ideais foram concretizados mais cedo do que Castro Alves esperava (cem anos), ou seja, dentro de dezoito anos após sua morte, ocorrida em 1871.

Por essas razões, consideramos Castro Alves e Joaquim Nabuco precursores do direito mais voltado para a questão social em nosso país, sendo Nabuco comparável ao escocês *Robert Owen*, cognominado o pai das cooperativas e protagonista da internacionalização da legislação do trabalho, assim como a *Carlos Alberto de*

Meneses, pioneiro do movimento sindical no Brasil, fundando, em 1900, a Corporação Operária de Camaragibe, Pernambuco, onde tinha uma fábrica de fiação e tecelagem. Note-se que se trata de dois empresários, que renunciaram a seus interesses de classe e, movidos por ideal profundo e elevado – o primeiro era socialista utópico e o segundo, católico imbuído da doutrina social da Igreja, lançada pela encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891 –, em prol da causa da humanidade.

V – A ESCOLA DO RECIFE E SEUS EXPOENTES

No período de 1870 a 1914, a Faculdade de Direito do Recife distinguiu-se no cenário nacional por um grupo de juristas de elevado nível de conhecimentos, que constituíram a famosa Escola do Recife. Entre eles, citam-se, como expoentes, o sergipano Tobias Barreto - seu fundador, que, de tão importante, se tornou um referencial para a própria Faculdade, chamada *a casa de Tobias* -, Clóvis Bevilacqua - cearense, que elaborou o anteprojeto do Código Civil -, Sílvio Romero - que, embora discordando do pensamento de Tobias Barreto, foi um dos mais ardorosos e cultos membros dessa plêiade -, Artur Orlando, Fausto Cardoso. A Escola do Recife foi um movimento de cunho filosófico-jurídico que marcou época na história do Direito em nosso país, pela qualidade intelectual de seus componentes, bem como pelo resultado da investigação científica realizada, influenciando sobremaneira o pensamento jurídico nacional e prestando relevante contribuição ao desenvolvimento e aprimoramento da cultura do direito em nosso país. Em sequência, aquela casa – marco inicial da Universidade Federal de Pernambuco - teve em seu quadro de professores figuras de valor intelectual não menos apreciável, os quais mantiveram a tradição de eficiência da instituição, que honra nossa região, tornando-se nela o principal centro de formação jurídica e de preparação dos operadores do direito.

Em face do exposto, se há de convir, com Haroldo Valladão⁶, que Olinda (depois, Recife) e São Paulo foram os grandes e fecundos laboratórios das maiores reformas de base no Brasil - a política, com a República, e a social e econômica, com a Abolição da Escravatura. Através de seus Cursos Jurídicos, a cultura jurídica brasileira transbordou do quadro estritamente jurídico para o literário, o filosófico, o político, o social, ensejando o cultivo dos ideais de liberdade, democracia, justiça, que se irradiaram pelo Parlamento, pelo Foro, pelo Governo e pela administração, convertendo-se na Abolição, na República, na Federação, no judicialismo e no arbitramento, como frutos inestimáveis daqueles dois “núcleos espirituais da nacionalidade”.

VI – OUTROS IMPORTANTES FRUTOS DOS CURSOS JURÍDICOS

Outros marcos importantes na vida cultural e, especialmente, jurídica de nosso país, tendo em vista o desenvolvimento cultural da nacionalidade, foram a criação, no Rio de Janeiro, do Colégio Pedro II, obra de Bernardo de Vasconcellos, e, sobretudo, a fundação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, ambos de 1837. Este teve o papel de uma academia, aberta a todas as capacidades nacionais, sem restrição. Em seus Arquivos, Mapoteca e Museu, promoveu concorridas sessões semanais, em conferências, congressos, cursos, comemorações, nas diversas publicações, anais, livros e, principalmente, em sua revista, de grande prestígio.

A etapa complementar da fundação dos cursos jurídicos foi assinalada pela fundação, em 7.8.1843, do Instituto dos Advogados Brasileiros, que agasalha igual objetivo de desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional, pelo trabalho de pesquisa, estudos, debates e proposição de medidas nesse sentido. Inicialmente, chamava-se Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e, pelo

6 *Op. cit.*, p. 120.

art. 2º de seus Estatutos, tinha por fim “organizar a ordem dos advogados, em proveito geral da ciência da jurisprudência”, eis que ainda não existia a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na forma e com a estrutura que hoje possui. O Instituto promoveu a imprensa jurídica, mesmo antes da dos Estados Unidos, que surgiu em 1851, em Nova Iorque, com a publicação judiciária “The United States Monthly Law Magazine”. Teve sempre preocupação com a justiça, em relação ao Brasil e às nações irmãs do continente. Tem colaborado, eficazmente, na elaboração de leis, códigos e reformas de diplomas legislativos, como eficiente auxiliar dos órgãos públicos – especialmente o Parlamento – nessa tarefa de imensurável importância para os destinos do país. E assim vem procedendo, sempre, com independência, altivez, transparência, equilíbrio, respeito à liberdade de manifestação do pensamento de qualquer cidadão, visando ao prestígio da justiça e à efetivação da melhor ordem jurídica. É, basicamente, uma casa de cultura jurídica, pela qual passaram os mais brilhantes e respeitáveis cultores do direito em nosso país, enquanto que a Ordem dos Advogados – criada posteriormente, em 1931/33 – cuida, além da defesa da ordem jurídica, de promover a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados.

VII – ANÁLISE CRÍTICA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL, NA ATUALIDADE

Após esta sucinta visão da formação histórica e do papel exercido pelos Cursos Jurídicos no Brasil, para a afirmação da nacionalidade, a estruturação e o desenvolvimento da ordem social, política e jurídica do país, passa-se a uma rápida apreciação de seu estado atual e do que eles representam em função de nosso progresso em seus vários aspectos.

Com base na experiência que teve na chefia do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, este autor pode afirmar, numa apreciação geral, que o ensino jurí-

dico no Brasil, nos dias atuais, não está à altura dos justos anseios da comunidade, nem apto ao atendimento das necessidades sociais para que é concebido. Sem dúvida, não mantém o nível de qualidade e eficiência que apresentava desde a instituição dos respectivos Cursos até algumas décadas atrás. Evidencia-se a respeito, por conseguinte, uma crise estrutural, que urge superar, a fim de que não sofra tanto, em solução de continuidade, o processo de desenvolvimento nacional. Desnecessário é lembrar que a educação constitui pré-requisito para o progresso de qualquer povo.

No 2º Seminário Nacional de Ensino Jurídico, realizado em São Paulo (SP), na Universidade São Judas Tadeu, em 28 e 29.5.98, promovido por aquela Instituição de Ensino e a Ordem dos Advogados do Brasil, foram analisadas as deficiências do ensino jurídico no Brasil e apresentadas propostas para superá-las. O quadro das metas sugeridas para sua sobrevivência e melhoria de sua qualidade impressiona em vista da grande distância a percorrer para se atingir um nível de eficiência razoável, imposto pela nossa época, ante as profundas e céleres transformações das relações socioeconômicas, que reclamam pronta regulação pela ordem jurídica. Essas mudanças traçam novo perfil para o bacharel em direito e para as instituições de um modo geral, inclusive o próprio Estado.

As causas dessa crise são múltiplas, valendo ressaltar as seguintes: a) a proliferação de cursos de Direito na área privada, no território nacional, sem estrutura suficiente para funcionarem com a desejável eficiência; b) carência de investimento, por parte do Estado, nas universidades públicas, de que resulta a falta dos recursos materiais e de pessoal qualificado, tanto para as atividades de ensino, quanto para as de pesquisa e de extensão acadêmica; c) a deficiência dos cursos básicos – ensino fundamental e secundário -, que se reflete diretamente nos cursos jurídicos; d) falta de reorganização dos currículos, adaptando-os à realidade emergente no mundo contemporâneo, em que se exige do operador do direito uma gama de conhecimentos que extrapolam o quadro das disciplinas tradicionais, ou seja, conhecimentos multidisciplinares, com a introdução de matérias

relativas a outras ciências, tais como a Economia, a Administração, a Contabilidade, a Informática; e) falta de melhor preparação do bacharel em Direito para especializar-se em certas áreas, tais como as de Direito de Família, Direito Imobiliário, Direito Internacional, e alcançar novas áreas de conhecimento, a exemplo da Bioética; f) falta da devida preparação em termos de estágio, que capacite o futuro profissional do Direito a exercer com eficiência suas atividades nesse campo, em face da multiplicidade e versatilidade dos conhecimentos e habilidades que dele se requerem, que incluem, por exemplo, a advocacia preventiva, em forma de mediação, tentativas de acordo e arbitragem, que consubstanciam soluções extrajudiciais (alternativas) de conflitos de interesse, sobretudo os de natureza econômica; g) a ênfase no estudo do direito positivo, em detrimento de matérias de formação fundamental – tais como a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia, a Economia, a Ciência Política, a Metodologia do Trabalho Científico –, que propiciam conhecimento mais sólido e profundo, tornando o aluno apto a raciocinar, a argumentar e a propor soluções para casos concretos, consoante, aliás, orientação do MEC a propósito da avaliação dos cursos de direito.

Naquele conclave foram apresentadas, como premissas do ensino jurídico: a) a ideia de um país eficiente e produtivo, ante a globalização da economia; b) a análise da perversão do contrato social, face à concentração de renda, que é alarmante em nosso meio; c) a compreensão da perda da autonomia decisória do país, isto é, do controle de sua agenda decisória, a qual se desloca da nação para o âmbito internacional e do campo político para o econômico. A esse respeito, a reação do Estado consiste em produzir legislação, perdendo o controle da unidade da consistência programática, bem assim intervir no mercado, sendo por este desmoralizado, ante sua incompetência para geri-lo a contento. O Estado resta fraco, esvaziado. A única alternativa é sair da cena, diminuir sua presença em áreas importantes. Surge, então, o pluralismo jurídico. As grandes companhias transnacionais produzem a legislação de que necessitam. Há um grande número de órgãos dotados de legislação técnica, assim

como de formas de contrato e de solução de conflitos. Ante os diversos processos de contratualização, com estratégias de conciliação e arbitragem, o direito positivo reduz-se e perde o controle das situações, sua centralidade, sua exclusividade. Reflexo disso, nas relações de trabalho, é a desregulação.

No XXVI Encontro Nacional de Faculdades de Direito, realizado em Goiânia (GO) em novembro/98, foram discutidos temas muito interessantes e da mais palpitante atualidade, relacionados ao ensino jurídico, entre os quais: a monografia de final de curso; as avaliações feitas pelo MEC; a nova biblioteca do curso jurídico; o exame promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil; o ensino dos novos direitos, como tais considerados, por exemplo, o Direito Agrário, o Direito Ambiental, o Direito do Menor, o Direito Ecológico, o Direito da Informática; a Pós-Graduação no Novo Curso de Direito. São preocupantes as exigências feitas pelo MEC, com fundamento na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para as instituições de ensino superior – tendo em vista suas deficiências -, objetivando adequá-las às novas circunstâncias e capacitá-las para enfrentar os desafios do nosso tempo no tocante à educação, pressuposto para o desenvolvimento, que urge promover em todos os aspectos da vida humana.

VIII - CONCLUSÃO

Em suma, pelo exposto, não há dúvida de que os Cursos Jurídicos, pioneiros do ensino superior no Brasil, representaram a independência cultural de nosso país e contribuíram, de modo inestimável, para seu desenvolvimento nos vários aspectos da vida humana. Precisam, ante a crise de que padecem, de um esforço geral da sociedade, notadamente do Poder Público, no sentido de soerguê-los, a fim de que cumpram o relevante e indeclinável papel de fator do progresso, ante as crescentes exigências da modernidade para os operadores do Direito. O dia 11 de agosto, em que se comemora sua

fundação, é propício para uma séria reflexão a esse respeito, tendo em vista os superiores interesses nacionais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

VALADÃO, Haroldo. **História do Direito especialmente do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977;

7 HORAS EXTRAS PELA SUPRESSÃO DOS INTERVALOS E PAUSAS: POR UM OLHAR SISTÊMICO

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz do Trabalho do TRT da Segunda Região, titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP). Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha).

Resumo

De longa data é sabido que as extensas jornadas de trabalho, sem os intervalos e pausas adequados, são uma das principais causas de acidentes e, sobretudo, de adoecimentos laborais. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm refletido sobre essa temática, com avanços e retrocessos, já havendo uma boa aceitação em torno da imprescindibilidade da observância efetiva dos tempos mínimos de intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como a respeito de algumas pausas para categorias profissionais específicas. E já se reconheceu que a supressão desses tempos mínimos, ainda que parcial, conduz a uma punição de caráter econômico, e de natureza salarial, *ex vi* da Sú-

mula n. 437 do E. TST. Contudo, falta uma visão sistêmica de todos os temas relacionados a essa matéria, que leve em conta, por exemplo, o *quantum* da jornada de trabalho efetivamente praticada pelo trabalhador. Nesse contexto, de se sustentar, a título exemplificativo, que, numa jornada de trabalho de mais de 11 horas, com supressão parcial do intervalo, o empregador terá de pagar *duas horas extras* por esse fato, e não apenas uma, como tem sido definido nos julgados levados a efeito na Justiça do Trabalho.

I. Introdução

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

De todos sabido que os acidentes no ambiente de trabalho são um *fenômeno multicausal*¹, havendo inúmeras causas contribuindo

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

do para o “sucesso” do infortúnio. Destarte, não é possível afirmar que somente as jornadas de trabalho extensas são as responsáveis pela ocorrência de acidentes e adoecimentos no mundo do trabalho. De outra parte, não se pode afastar essa causa como *uma das mais importantes* para a ocorrência dos infortúnios laborais. E quando se fala em excesso de jornada de trabalho não se pode ter em conta apenas seu aspecto quantitativo – a quantidade de jornada praticada, subtraídos os intervalos e pausas –, mas também, em igual medida, a *vertente qualitativa* dessa jornada, que compreende três aspectos principais:

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

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

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

Por certo que, neste breve artigo, não há espaço para se abordar todos esses relevantes aspectos da jornada de trabalho. Daí porque minha atenção se voltará apenas para as questões relacionadas à fruição dos intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como das pausas necessárias.

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

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

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

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

De início, convém observar que o tempo (ou jornada) de trabalho ocupa uma *posição de centralidade* na normatização do Di-

reito do Trabalho. É possível sustentar que o tempo de trabalho, ou mais precisamente sua *limitação* pela normativa estatal, é parte inseparável da própria *gênese* deste ramo especializado do Direito. Daí porque ainda hoje, em pleno século XXI, *os dois temas fundamentais* desta disciplina são o salário e a limitação da jornada de trabalho, assim como o era no surgimento das primeiras normas que procuraram estabelecer limites à obtenção do lucro empresarial, inerente ao modo de produção capitalista².

Francisco Trillo³ afirma que a relação entre o tempo de trabalho e o lucro empresarial é a *quinta-essência* do processo de produção capitalista. Daí existir uma “demanda empresarial pelo maior tempo de trabalho possível”. Como se sabe, a busca pelo maior lucro possível propiciou o surgimento de jornadas extenuantes de trabalho, as quais motivaram, “através da luta do movimento obreiro, a fixação progressiva de uma regulação do tempo de trabalho que albergasse em seu código genético, entre outros e fundamentalmente, o objetivo da proteção à saúde dos trabalhadores”.

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

Daí porque a OIT⁴ já advertia, no final da década de 1980, que, para assegurar-se a segurança, a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, é essencial organizar o tempo de trabalho de modo que o trabalhador disponha de *suficientes períodos de descanso*: “pausas breves durante as horas de trabalho, pausas mais extensas para as re-

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

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

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

feições, descanso noturno ou diurno e descanso semanal”. Explicava a OIT que a *necessidade de pausas breves* no curso da jornada, ainda que não estejam prescritas em lei, é particularmente importante em tarefas que impõem um ritmo acelerado ou requerem um alto grau de atenção – como ocorre, por exemplo, no serviço de digitação e no trabalho em frigoríficos.

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

Destaca-se que as tendências flexibilizadoras na regulamentação da jornada de trabalho têm tornado difícil o estabelecimento de limites absolutos à duração máxima do tempo de trabalho. De tal modo que os períodos mínimos de descanso adquirem uma especial relevância nessa matéria, posto que vão se converter nos *autênticos limites da jornada laboral*, constituindo, assim, uma “*rede de segurança*” para a proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores. Como é sabido, a finalidade mais imediata dos períodos de descanso obrigatórios é “permitir ao trabalhador a recuperação das forças empregadas na atividade produtiva, assim como fornecer-lhe o tempo

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

necessário para o desenvolvimento de atividades sociais, familiares, religiosas, etc.”⁶.

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

Também não se pode olvidar de que a pessoa necessita alimentar-se para essa recomposição de energias. Há *estudos da Fisiologia* demonstrando haver limites temporais mínimos para que essa recomposição seja satisfeita. Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁸, depois de mencionar os estudos da Fisiologia para a fixação dos períodos de repouso, explicam que, no curso da jornada de trabalho, é necessário interrompê-la, dosando o trabalho efetivo com pausas *cientificamente* aplicadas, no interesse imediato do empregado e inclusive do empregador. De tal maneira que não se trata de um capricho da lei, a qual fixa os limites mínimos de descanso respaldada por aspectos técnicos, definidos pela *investigação científica* a respeito da matéria.

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

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

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

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

A pessoa trabalhadora tem que dispor de um tempo mínimo para outras atividades relacionadas a seu cotidiano, tendo direito fundamental ao lazer (arts. 6º e 7º, inciso IV, da CR/88), a estar com sua família, a estudar e investir em sua formação profissional ou pessoal, em suma, *direito a ter um tempo livre para si mesma*, no qual, obviamente, está compreendido o tempo de sono necessário para a recomposição de seu equilíbrio físico e mental⁹.

Não se pode olvidar de que o direito ao descanso diário e/ou semanal é um *direito fundamental* para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Tanto que o primeiro está intrinsecamente interligado à limitação da jornada diária de trabalho. E o segundo, que tem uma inegável matriz religiosa muito antiga¹⁰, foi objeto de algumas das primeiras normas internacionais do trabalho, porquanto a OIT, já em 1921, por meio da Convenção n. 14, estabeleceu um descanso obrigatório de, *no mínimo*, 24 horas consecutivas a cada período de sete dias, e quando possível coincidente com os dias consagrados pela tradição ou costumes do país ou da região (art. 2 da Convenção n. 14 – Descanso Semanal na Indústria). Posteriormente, referido direito foi estendido aos trabalhadores do comércio e escritórios pela convenção respectiva (Convenção n. 106, de 1957, art. 6.1). Ademais, a Recomendação n. 103 da OIT, que complementa a Convenção n. 106, propugna por “um descanso de trinta e seis horas pelo

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

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

menos por semana de trabalho, horas que, sempre que seja possível, devem constituir um período ininterrupto”¹¹.

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

Mauricio Godinho Delgado¹³ assinala que os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança do trabalhador têm demonstrado que a extensão do contato da pessoa com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de referidos ambientes ou atividades. E que essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui uma *medida profilática* importante no contexto da moderna Medicina Laboral, assumindo as normas que cuidam do tema o caráter de *normas de saúde pública*.

Mais adiante, observa este renomado autor que os períodos de descanso são lapsos temporários regulares em que o empregado pode interromper a prestação de serviços e sua disponibilidade para com o empregador, com o objetivo da recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política. Por essa razão, as normas jurídicas concernentes à jornada e aos descansos não têm fundamento apenas econômico, já que *seu fim último* é o de proteger a saúde do trabalhador. Sendo assim, as

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

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

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

normas que estabelecem pausas intra e entrejornadas – bem como o descanso semanal –, por tratar-se de *normas de ordem e saúde públicas*, não podem, em princípio, ser suplantadas pela ação privada dos indivíduos e grupos sociais, vale dizer, estão fora das margens da negociação coletiva¹⁴.

2.1 A regulamentação dos intervalos e das pausas no Brasil

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

Somente será permitida a redução do limite mínimo de uma hora para descanso ou refeição quando houver *autorização do Ministério do Trabalho e Emprego*, por seu órgão competente (atualmente a Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho), sendo que referida autorização está condicionada à verificação de que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e mais, à constatação de que os respectivos empregados não estejam “sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares”, conforme norma de ordem pública do § 3º do mesmo dispositivo legal.

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

14 *Ibidem*, p. 917-920.

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

Ademais, *nem sequer a negociação coletiva pode transigir* sobre estes limites mínimos de descanso durante a jornada de trabalho. A jurisprudência brasileira, ainda que a princípio e por um longo espaço de tempo tenha sido conivente com a redução do intervalo intrajornada por acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos últimos anos se encaminhou para a construção de uma nova diretriz, no sentido de invalidar todas as cláusulas convencionais estipuladas em violação daquelas normas de caráter mínimo preconizadas pela CLT, exceto em relação aos motoristas profissionais, empregados em empresas de transporte coletivo urbano¹⁵.

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

O que se espera é que o TST endosse a tese de não ser permitida qualquer exceção às normas de ordem pública que dis-

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

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

ciplinam os *tempos mínimos* de pausas intrajornada, diante do seu conteúdo ontológico, aqui analisado.

Outrossim, o art. 72 da CLT estabelece que nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo – aos quais se equiparam, por jurisprudência pacífica dos tribunais, os serviços de digitação¹⁶) –, “a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho”.

Referidas pausas de descanso ou para as refeições durante a jornada de trabalho, inclusive nos serviços nos quais não há uma fadiga muscular, porém, uma excessiva concentração ou atenção, como no atendimento ao público – como ocorre, por exemplo, em alguns setores do comércio e nos serviços especializados –, são *imprescindíveis para se evitar a fadiga mental*, que não é raro deságua em estresse ocupacional e outros transtornos psíquicos.

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

Por certo que há outras normas a respeito da matéria, na própria CLT ou em legislação esparsa, mas penso que as diretrizes

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

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

básicas e com caráter de generalidade são estas, para os estreitos limites deste breve artigo.

3. A condenação em horas extras pela supressão dos intervalos

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

Pois bem, foi com esse objetivo que a jurisprudência trabalhista passou a enfrentar de modo diverso as situações constatadas nos processos judiciais, quando se comprovava que o trabalhador não tinha usufruído integralmente seu sagrado direito ao intervalo intrajornada. Deixando de lado a conformista tese de que isso resultava em mera infração administrativa, os juízes passaram a considerar como *hora extraordinária* o tempo suprimido do intervalo mínimo de uma hora, preconizado no art. 71, *caput*, da CLT. Mas somente em 1994 o legislador deu atenção ao problema, normatizando a hipótese no § 4º do mesmo dispositivo legal, por meio da Lei n. 8.923, de 27-7-1994.

Sem embargo, como sempre, o legislador não resolveu todas as questões relacionadas à temática¹⁷, fazendo com que a *jurisprudência laboral* se encarregasse de definir novas “regras” de conduta. Assim é que:

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

1º) definiu-se que, ainda que concedido em parte o intervalo intrajornada, a finalidade da norma de proteção não teria sido atingida, motivo pelo qual seria devida uma hora extra (cheia) e não apenas o lapso de tempo faltante para completar uma hora de intervalo (OJ n. 307, de 11-8-2003);

2º) após idas e vindas da jurisprudência, assumiu-se a posição de que esse tempo mínimo de intervalo deve estar infenso à negociação coletiva, por se referir a norma de ordem pública (art. 7º, XXII, da CR/88), sendo nulas quaisquer cláusulas convencionais que disponham em sentido contrário, suprimindo ou reduzindo o tempo mínimo de intervalo intrajornada (OJ n. 342, de 22-6-2004);

3º) entendeu-se que, por se tratar de hora extraordinária, tanto que deve ser paga com o adicional mínimo de 50% – tal como a hora extra prevista no inciso XVI do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil –, sua natureza jurídica somente poderia ser a de autêntica hora extraordinária, causando repercussões no cálculo de outras verbas trabalhistas (OJ n. 354, de 14-3-2008);

4º) em significativa afirmação da *finalidade pedagógica* dos institutos em análise, finalmente se entendeu que, se pactuada ou definida por lei jornada de seis horas diárias, em sendo esta ultrapassada com habitualidade, o intervalo intrajornada deveria ser de uma hora e não de apenas 15 minutos, ocasionando o pagamento de uma hora extraordinária (cheia) e reflexos, nos moldes do § 4º do art. 71 da CLT (OJ n. 380, de 14-3-2008).

5º) definiu-se que os trabalhadores rurais – como não poderia ser de outra forma, *ex vi* do *caput* do art. 7º da CR/88 – também faziam jus à remuneração dessa hora extraordinária “cheia” e seus reflexos, ainda que a supressão de seu intervalo intrajornada fosse apenas parcial, numa interpretação *sistemática* dos arts. 5º, inciso I, do Decreto n. 73.626/74 e 71 e §§ da CLT, a despeito de o art. 5º da Lei n. 5.889/73 não estipular a duração mínima de uma hora para o intervalo intrajornada do rurícola, que deveria observar apenas os usos e costumes da região onde o trabalho fosse prestado (OJ n. 381, de 19-4-2010).

Todas estas orientações jurisprudenciais são extremamente importantes, tanto que convertidas na *Súmula n. 437*, de 25-9-2012, a qual contempla as cinco situações jurídicas *supra*, em seus quatro itens. Eis a dicção da referida súmula:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n^{os} 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 n^o 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. 7^o, XXII, da CF/1988), inafanço à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela pre-

vista 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.

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

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

Não obstante, esse tempo mínimo foi pensado para jornadas de *até 8 horas diárias*, ou de 8 horas e 48 minutos diários, no legítimo e autêntico acordo de compensação de horário de trabalho, tal como previsto e autorizado pela norma de ordem pública do art.

7º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Quando muito, a se admitir a constitucionalidade do famigerado banco de horas, em jornadas de até 10 horas diárias, pois este é o *limite máximo de jornada de trabalho* no Brasil. Tanto que nem mesmo na disciplina do banco de horas, que flexibiliza como nunca os limites diários de jornada de trabalho, o legislador ousou desrespeitar esse limite sagrado, que já é mais extenso do que o previsto pela Convenção n. 1 da OIT, de 1919 – por isso mesmo não ratificada pelo Brasil até hoje, quase um século após –; pelo contrário, determinou essa observância como *condição de validade* do próprio acordo (coletivo) ou convenção coletiva de trabalho que venha a instituir o banco de horas em determinada categoria profissional, nos moldes do § 2º do art. 59 da CLT (com a redação atual conferida pela MP n. 2.164-41, de 24-8-2001).

Nessa linha de raciocínio lógico e jurídico, qual deveria ser, então, o *tempo mínimo de intervalo intrajornada* em jornadas de 12 horas diárias, como ocorre diuturnamente no malsinado regime de 12 x 36 – 12 horas de trabalho por 36 de descanso –, ou, o que é pior, nos regimes de 5 x 2 – 5 dias de trabalho por 2 de descanso – e suas variantes 4 x 2, 5 x 1, 3 x 1 e tantas quantas a engenhosidade humana (para não dizer exploração capitalista) inventarem? E *em jornadas de mais de 12 horas diárias*? E em jornadas absurdamente *extenuantes* – como se tivéssemos regredido ao século XIX – de 15, 16 ou mais horas de trabalho, como tem ocorrido com os motoristas profissionais e outros trabalhadores?

Penso que, por coerência, lógica, bom senso e o mais que se queira, o intervalo intrajornada não deveria ser de apenas uma hora nessas situações jurídicas. Se em jornadas superiores a 6 (seis) horas o intervalo intrajornada deve ser de uma hora para a devida proteção à saúde do trabalhador, em jornadas de 12 horas ou mais esse tempo mínimo de intervalo deveria ser de, *no mínimo*, duas horas. E se, numa verdadeira aventura humana – e que ainda se comprova em juízo, mesmo que esporadicamente, principalmente em casos de motoristas –, um trabalhador se ativar em jornadas de mais de

18 horas, esse *tempo mínimo* outro não poderia ser que não o de três horas de intervalo intrajornada. Por isso mesmo a Lei do Motorista Profissional fixou o tempo máximo de direção, devendo haver *pausas* (extras) durante a jornada, além do intervalo clássico de uma hora.

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

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

Em profundo estudo sobre a *influência do excesso de jornada de trabalho* na segurança e na saúde dos trabalhadores, Anne Spurgeon¹⁸ asseverou que a preocupação central em relação à quantidade de horas trabalhadas é o desenvolvimento da fadiga e, associado a isso, do estresse ocupacional, sendo que a exposição cumulativa à fadiga e ao estresse deságua em problemas de doenças mentais e cardiovasculares. A situação é ainda mais grave quando os trabalhadores são submetidos *rotineiramente* ao regime de horas extraordinárias.

O estudo desta autora revela que os trabalhadores da indústria, no Japão, quando se ativaram em horas extras, tiveram aumentados os riscos de problemas de saúde mental. Com efeito, é impressionante a quantidade de morte súbita e de suicídios naquele país, na ocorrência do *karoshi* – morte súbita por excesso de trabalho –, sendo que houve 1.257 casos *oficiais* de suicídio relacionado ao trabalho, já em 1996. Um estudo de 203 casos de *karoshi* cons-

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

tatou que 2/3 deles ocorreram porque os trabalhadores se ativaram *regularmente em mais de 60 horas por semana*, em mais de 50 horas extras por mês ou mais da metade de suas férias antes dos ataques cardiovasculares fatais.

O *karoshi* se trata de um grande problema social no Japão, sendo, em verdade, resultado de um modo de gestão empresarial, o chamado modelo de gestão japonesa, vulgarizado no Ocidente com a expressão *toyotismo*, que hoje em dia está difundido em praticamente todos os países, no chamado *pós-fordismo*. Este modelo é particularizado pela busca cada vez maior de redução dos custos do trabalho, apresentando como característica no âmbito laboral a promoção da individualização das relações laborais ou, dito de outra maneira, a eliminação dos valores coletivos dos trabalhadores. Por isso, especialistas no tema têm afirmado que a *avaliação individualizada da produção* e a *exigência de qualidade total*, duas das principais características do toyotismo, provocam uma sobrecarga de trabalho que conduz a uma explosão de doenças, dentre as quais o *burn out*, o *karoshi* e os transtornos musculoesqueléticos¹⁹.

Veja-se a extensão do termo *karoshi*:

O termo é compreensivo tanto das mortes ou incapacidades laborais de origem cardiovascular devidas à sobrecarga de trabalho (acidente vascular cerebral, infarto do miocárdio, insuficiência cardíaca aguda,...) como de outras mortes súbitas (por exemplo, as relacionadas com a demora no tratamento médico por causa da falta de tempo livre para consultas) e também dos suicídios atribuídos ao excesso de trabalho. Em sentido estrito, recebe o nome de *karo-jisatu* ou suicídio por excesso de traba-

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

lho [...] Em 2006 foram reconhecidas no Japão 560 indenizações por danos à saúde (213 delas foram por falecimentos) ligados à sobrecarga de trabalho, incluindo tanto as doenças vasculares cerebrais como os distúrbios mentais (incluindo a morte por suicídio). É relevante destacar que 40% dos trabalhadores afetados tinham menos de 30 anos. Dado o caráter extremamente restritivo destes reconhecimentos se tem estimado que na realidade o *karoshi* (e o *karo-jisatu*) ocasionam a morte de 10.000 trabalhadores anualmente²⁰ (no Japão).

O jornal *Japan Press Week* noticiava, em 28-3-1998, a morte de um jovem programador de computador devido ao excesso de trabalho, pois na sentença do Tribunal Distrital de Tóquio ficou consignado que o tempo médio de trabalho anual deste jovem era superior a 3 (três) mil horas, sendo que nos três meses anteriores à sua morte ele chegou a trabalhar 300 (trezentas) horas por mês, já que estava trabalhando no desenvolvimento de um sistema de *software* para bancos. Na edição de 4-4-1998 o citado jornal relatava outro caso de um jovem que morreu de ataque cardíaco devido ao excesso de trabalho, já que nas duas semanas anteriores à sua morte trabalhou em média 16 horas e 19 minutos por dia²¹.

20 URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. “Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral”. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 77, pp. 34-41, dez. 2010. Disponível em: <http://riesgoslaborales.wke.es/noticias_base/vivir-para-trabajar-la-excesiva-jornada-de-trabajo-como-factor-de-riesgo-laboral?commit.x=7&commit.y=1&commit=BUSCAR&locale=es&magazine_ids%5B%5D=13&q=vivir+para+trabajar&site=8>. Acesso em: 4 mai. 2011., p. 36-37. O autor relata o suicídio de um jovem de 23 anos, resultado de uma depressão originada do sobre-trabalho, pois o trabalhador temporário realizava jornadas de 250 horas mensais, trabalhando 11 horas diárias e, inclusive, 15 dias seguidos sem descanso. Cita, ainda, este autor a estimativa de 5.000 suicídios anuais no Japão, derivados de depressões por excesso de trabalho. *Ibidem*.

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

Não obstante, essa situação não é um “privilégio” do Japão, pois estudos das décadas de 1960 e 1970 revelaram que nos Estados Unidos as doenças cardíacas eram *frequentes* nos trabalhadores que trabalhavam mais de 60 horas por semana. Ademais, estudos verificaram que os motoristas de caminhão, que trabalhavam 11 ou 12 horas por dia, tiveram um aumento impressionante dos casos de fadiga e de problemas musculoesqueléticos, resultantes da postura prolongada em condições precárias, ao dirigir sentados em pelo menos 50% de sua jornada, além do aumento das doenças do coração. Muito importante também um estudo realizado na Alemanha, no qual se constatou, na análise de 1.200.000 acidentes do trabalho, que o risco de acidente aumentou exponencialmente depois da nona hora de trabalho, com um percentual três vezes maior nas jornadas de 16 horas de trabalho diárias. *A conclusão*, como não poderia deixar de ser, é a de que *trabalhar regularmente mais de 50 horas por semana aumenta o risco de doenças*, especialmente as cardiovasculares²².

Pois bem, por todas essas explanações, de se definir que ninguém deveria trabalhar *habitualmente* mais de 11 (onze) horas por dia. Se há um risco exponencial de adoecimentos ocupacionais e inclusive de morte súbita por excesso de trabalho, nas jornadas de mais de 3.000 horas por ano, ou de mais de 270 horas por mês, ou de mais de 60 horas por semana²³, isso significa que *jornadas habituais de 11 horas ou mais por dia não devem ser toleradas*, porque implicam em alto risco de infortúnios laborais, com terríveis consequências para o trabalhador, sua família e para toda a sociedade, que financia os custos do sistema de seguridade social. Portanto, estamos diante de um caso de *saúde pública*, que ultrapassa os contornos do direito indivi-

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

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

dual à saúde do trabalhador, como se a *fundamentalidade* deste direito não fosse suficiente para despertar a atenção dos atores sociais.

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

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

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

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

É chegada a hora de o E. TST, na linha de sua jurisprudência *progressiva* sobre a temática, cancelar a Súmula 444, que caminha velozmente na contramão dessa citada jurisprudência. Ora, se há um limite constitucional de oito horas diárias e de 44 horas semanais, se existe um limite legal de 10 horas de trabalho por dia e, o que é mais grave, se as jornadas extensas, sobretudo no período noturno, têm efeitos maléficos sobre a saúde do trabalhador, revela-se de clareza meridiana a *inconstitucionalidade* do regime de trabalho conhecido como 12 x 36 – doze horas de trabalho por trinta e seis

de descanso –, principalmente quando do labor no período noturno, ainda que precedido de autorização em negociação coletiva²⁴.

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

Não obstante, não se trata de simples questão aritmética a posta a exame, pois o que está em jogo, em verdade, é a *prejudicialidade do referido regime de trabalho* à saúde dos trabalhadores. De se ressaltar, o regime de 12 x 36, muito aplicado pelas empresas de prestação de serviços no âmbito da saúde, da segurança e de vigilância patrimoniais, revela-se extremamente prejudicial à saúde do trabalhador, seu bem mais valioso, e que não está abrangido pelo princípio da disponibilidade. É dizer, a saúde se trata de *direito humano fundamental indisponível*, não podendo nenhuma norma coletiva fixar condições de trabalho que ameacem esse bem tão essencial.

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

E essa situação se torna *ainda mais grave* no sistema de 5 dias de trabalho de doze horas diárias por 2 dias de descanso (5 x 2) e suas variáveis: 4 x 2, 5 x 1, 3 x 1 e tantas outras. Em tais regimes,

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

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

Espero, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho reveja seu posicionamento no sentido de considerar válido o regime de 12 x 36, se pactuado em negociação coletiva, a exemplo do que já ocorreu em relação ao intervalo intrajornada. Ora, o fundamento jurídico para não mais se permitir a redução do referido intervalo por norma coletiva aplica-se *como luva* à situação do trabalho em jornadas extenuantes, como se dá no trabalho nos sistemas aqui analisados, inclusive no de 12 x 36.

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

Um dado relevante para se repensar este regime de 12 x 36 – ou pelo menos para se impor limites à sua pactuação, como aqui sugerido – é o relativo à acidentalidade. O *atendimento hospitalar*, atividade na qual se emprega largamente esse regime, tem registrado uma altíssima quantidade de acidentes do trabalho. Em 2012, houve

54.008 acidentes do trabalho nessa atividade – mais do que o dobro da segunda colocada –, sendo absurdos 49.402 acidentes típicos e 392 doenças notificados, mais 4.214 doenças presumidas pela aplicação do NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Os números falam por si, bastando que a eles se dê a devida atenção.

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

Visto anteriormente que o tempo mínimo de uma hora de intervalo intrajornada foi pensado para jornadas de oito ou, no máximo, dez horas diárias. Este é o *limite máximo* de jornada de trabalho em nosso país. Não se pode admitir que em regimes de 12 x 36 ou em qualquer outro, com jornadas de 11 (onze) ou mais horas de trabalho – pelos seus efeitos deletérios já enfatizados anteriormente –, haja a concessão de apenas uma hora de intervalo, ou, o que é pior, apenas do tempo suficiente para uma rápida refeição. As peculiaridades de alguns serviços, como os de vigilância e de portaria, não podem ser ignoradas. No entanto, a *saúde do trabalhador* – a finalidade essencial da fixação dos tempos mínimos para refeição e descanso – é um bem jurídico que está *acima* de qualquer entrave de natureza econômica. Na absoluta impossibilidade de se conceder esses intervalos intrajornada (dois de uma hora cada), que se os pague na forma do art. 71, § 4º, da CLT, como se verá no próximo item.

Como já mencionado, por um raciocínio lógico-jurídico, o intervalo intrajornada não deve ser de apenas uma hora em jornadas que ultrapassem o limite razoável e proporcional de 11 (onze) horas diárias. Ora, se em jornadas de mais 6 (seis) horas o intervalo deve ser de 1 (uma) hora, para a devida proteção à saúde do trabalhador, em jornadas de 12 (doze) horas, em quaisquer dos regimes aqui analisados, o tempo mínimo de intervalo intrajornada deve ser, *no mínimo*, de 2 (duas) horas. Por óbvio, para qualquer jornada de trabalho superior a 12 horas esse tempo mínimo deve ser, *a fortiori*, pelo menos,

de duas horas. A se constatar jornadas absurdas, de mais de 16 horas, que seriam 100% (cem por cento) maiores do que as permitidas constitucionalmente, esse *tempo mínimo* deveria ser de 3 (três) horas, para os intervalos intrajornada. No mínimo, essas três horas deveriam ser consideradas para jornadas de mais de 18 horas, que seriam 3 (três) vezes maiores do que a pensada na fixação do intervalo intrajornada de uma hora, no art. 71, *caput*, da CLT.

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

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

Sem dúvida que essa construção jurisprudencial poderá onerar ainda mais as empresas que se valem de sistemas de trabalho com jornadas de 12 horas de trabalho. Contudo, dados os conhecidos malefícios desse tipo de jornada, o Poder Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais e responsável pelo equilíbrio social, não deve se preocupar apenas com a viabilidade econômica das empre-

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

sas, mas também – e principalmente – com a *dignidade da pessoa humana*, que sempre ocupou e deve continuar ocupando uma posição de absoluta centralidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Aliás, é uma questão de bom senso, pois se o intervalo intrajornada de uma hora é suficiente para uma jornada de oito horas, não poderá sê-lo para jornadas de doze ou mais horas por dia, que implicam num acréscimo de, *no mínimo*, 50% (cinquenta por cento) sobre a jornada “normal” de trabalho. De modo que, por coerência e lógica, esse intervalo deveria ser de, no mínimo, uma hora e trinta minutos, em jornadas de 12 horas, ou seja, *50% maior do que o intervalo intrajornada “normal”*. Ocorre que os estudos científicos todos demonstram a insensatez de se admitir jornadas superiores a 11 (onze) horas diárias, motivo pelo qual a condenação de caráter pecuniário e pedagógico disciplinada no § 4º do art. 71 Consolidado deve levar esses aspectos em consideração. Somente assim haverá uma *visão sistêmica* dos dispositivos e institutos em análise, oferecendo-se um tratamento conforme a equidade, pois não se pode conferir tratamento igual a situações jurídicas absolutamente distintas. De se insistir: se ultrapassada a jornada de seis horas, a hora extraordinária do intervalo intrajornada deve ser de uma hora; *a fortiori*, quando ultrapassada a jornada de 11 – ou pelo menos de 12 – horas, o tempo extraordinário correspondente deve considerar o lapso de 2 (duas) horas, não de apenas uma hora.

Tanto é assim que a jurisprudência do E. TST já definiu, há muitos anos, o direito do trabalhador que não tem observado o tempo mínimo de intervalo entrejornadas de 11 (onze) horas, após o repouso semanal de 24 horas, ao pagamento de *todas as horas* que foram subtraídas desse lapso de tempo, como horas extraordinárias. Veja-se a redação da Súmula n. 110, de 25-9-1980:

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

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

O raciocínio lógico desta súmula é o de que o intervalo entrejornadas, dada sua extrema relevância, não pode ser suprimido nem mesmo no regime de turnos ininterruptos de revezamento, tampouco após o descanso semanal de 24 horas contínuas. De modo que o *intervalo intersemanal* somente terá atingida sua finalidade se o trabalhador se ausentar do trabalho por, *no mínimo*, 35 horas contínuas.

Mais recentemente, em 14-3-2008, por coerência e lógica, o E. TST definiu que *todas as horas* suprimidas do *intervalo entrejornadas* de 11 (onze) horas também deverão ser remuneradas como horas extraordinárias, aplicando-se os mesmos efeitos do § 4º do art. 71 Consolidado, *ex vi* da OJ n. 355, da SDI-1, cujo teor se transcreve:

INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.2008) O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Pois bem, por analogia, numa interpretação coerente e lógica de todas estas normas, inclusive as jurisprudenciais, *de se criar o*

direito ao pagamento da integralidade das horas necessárias à prevenção de doenças relacionadas ao trabalho, quando suprimidas, ainda que em parte, acrescidas do adicional constitucional ou do convencional mais favorável. Se nas jornadas de 11 (onze) ou mais horas o intervalo intrajornada deveria ser de 2 (duas) horas, este é o lapso de tempo que deve ser considerado, seja para a concessão do intervalo, seja para o pagamento das horas extraordinárias correspondentes à sua inobservância.

Nem se objete que não há previsão legal para tanto, pelos seguintes motivos: 1º) a jurisprudência *já concedia* o pagamento da hora extraordinária pela supressão do intervalo intrajornada antes mesmo da Lei n. 8.923/94, que definiu a exigibilidade do direito, ao acrescentar o § 4º ao art. 71 da CLT; 2º) desde 1980 o TST, por meio da Súmula n. 110, criou o direito ao pagamento de todas as horas suprimidas do intervalo entrejornadas posterior ao repouso semanal, *não havendo, até hoje*, lei que discipline a matéria; 3º) numa *evolução jurisprudencial* em torno da matéria, como já visto, o TST, interpretando a norma do referido § 4º, definiu que: a) é devida uma hora extra (cheia) e não apenas o lapso de tempo faltante para completar uma hora de intervalo (OJ n. 307, de 2003); b) esse tempo mínimo de intervalo não pode ser suprimido ou reduzido pela negociação coletiva (OJ n. 342, de 2004); c) trata-se de hora extraordinária, que deve ser paga com o adicional mínimo de 50%, gerando reflexos em outras verbas trabalhistas (OJ n. 354, de 2008); d) se ultrapassada com habitualidade a jornada de seis horas diárias, o intervalo deveria ser de uma hora e não de apenas 15 minutos, dando ensejo ao pagamento de uma hora extraordinária (cheia) e reflexos (OJ n. 380, de 2008).

O que falta nesse avanço jurisprudencial? A definição de que o intervalo intrajornada mínimo de uma hora foi previsto para jornadas “normais” – de oito ou no máximo dez horas diárias – e que, praticadas jornadas de onze ou mais horas de trabalho, ainda que em regimes de 12 horas de trabalho por dia, esse tempo mínimo deverá ser de duas horas, e não de apenas uma hora, ocasionando, quando

desrespeitado, o pagamento de *duas horas extraordinárias* (cheias), com adicional mínimo de 50%, mais os reflexos correspondentes.

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

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

Idêntico raciocínio deve ser aplicado para a *não concessão das pausas* restauradoras definidas pela normativa de proteção à saúde do trabalhador, considerando-se como não concedidas e, portanto, dando ensejo ao pagamento do lapso de tempo correspondente como hora extraordinária. Vale lembrar das seguintes hipóteses, analisadas na sequência.

3.2.4.1 Pausas do digitador

Nos trabalhos *repetitivos*, normalmente os músculos se contraem mais de 30 vezes por minuto (cerca de 14.400 contrações numa jornada de oito horas diárias). Quando a força relativa da contração supera 10% da força máxima, a duração da contração e a força muscular começam a diminuir. Um nível de trabalho muito rápido como, por exemplo, o uso do teclado do computador, pode provocar aumento da tensão intramuscular, podendo resultar em edema das fibras musculares, no surgimento de dor e na diminuição da força muscular²⁶.

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

Os estudos fisiológicos e ergonômicos sobre o trabalho indicam que a sobrecarga muscular se traduz em fadiga, vale dizer, numa *redução da capacidade de trabalho*, e pode reduzir também a produtividade e a qualidade do trabalho. A forma mais rápida de regular a sobrecarga muscular é aumentar a *flexibilidade do horário de trabalho* em nível individual. Isso supõe estipular *um regime de pausas* que leve em conta a carga de trabalho, a necessidade e a capacidade de cada pessoa. De tal forma que o trabalho muscular *estático e repetitivo* deve ser reduzido ao mínimo possível²⁷.

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

c) o tempo efetivo de trabalho de entrada de dados não deve exceder o limite máximo de 5 (cinco) horas, sendo que, no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades, observado o disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual;

d) nas atividades de entrada de dados deve haver, no mínimo, uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, não deduzidos da jornada normal de trabalho.

Bem por isso, nos trabalhos repetitivos *não se deve permitir*, em hipótese alguma, *a remuneração por produção*, tendo em vista que o trabalhador, nessa modalidade de remuneração, é “estimulado”

27 *Ibidem.*

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

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

3.2.4.2 *Pausas dos trabalhadores em atividades de teleatendimento/telemarketing*

Quanto aos operadores de teleatendimento/telemarketing, a preocupação com os *inúmeros problemas de saúde* a eles relacionados foi tamanha que a Secretaria de Inspeção do Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, editou a Portaria n. 9, de 30 de março de 2007, introduzindo o Anexo II na NR-17, definindo normas regulamentadoras específicas para o setor, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente a esses trabalhadores. O referido Anexo contém normas quanto ao mobiliário do posto de trabalho, aos equipamentos utilizados, às condições ambientais e à organização do trabalho, além de outras di-

retrizes, de modo a proporcionar boas condições ergonômicas para a prestação laboral.

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

a) se houver prorrogação do horário normal, será obrigatório um *descanso mínimo* de 15 (quinze) minutos antes do início da prestação de horas extraordinárias, de acordo com o art. 384 da CLT (item 5.1.3.1);

b) o tempo de trabalho efetivo em atividade de teleatendimento ou telemarketing é de, no máximo, 6 (seis) horas diárias, *nele incluídas as pausas*, ou seja, incluindo o tempo de pausas, a jornada não deve passar de seis horas, sendo que a remuneração deve corresponder às seis horas (item 5.3);

c) a fruição de pausas de descanso e de intervalos para repouso e alimentação é imprescindível para a *prevenção* de sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores (item 5.4);

d) por isso, as pausas deverão ser concedidas: 1º) fora do posto de trabalho; 2º) em 2 (dois) períodos de 10 (*dez*) minutos contínuos; e 3º) após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/telemarketing (item 5.4.1);

e) a instituição dessas pausas obrigatórias não prejudica o direito ao intervalo obrigatório para repouso e alimentação previsto no § 1º do art. 71 da CLT (item 5.4.1.1), que, no caso, deve ser de 20 (*vinte*) minutos para todos os trabalhadores que desempenhem essa atividade (item 5.4.2);

f) enfim, a participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando adotadas pela empresa, *não é obrigatória* – porque as tais ginásticas laborais não têm se mostrado eficazes para prevenir doenças como as chamadas LER/DORT nesses trabalhadores, que necessitam muito mais de repouso do que de outra atividade durante as pausas –, motivo pelo qual a recusa do trabalhador em

praticá-las não poderá ser utilizada para efeito de qualquer punição (item 5.6).

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

3.2.4.3 Pausas do trabalhador em frigoríficos

Como adverti em outro trabalho, ao se analisar os *grupos de atividades econômicas*, numa perspectiva mais global, observa-se que a soma de todas as atividades do grupo 10 da CNAE – indústria da produção de alimentos, que tem 31 atividades – atinge um total absurdo de 23,59 casos de doenças não notificadas por 1.000 trabalhadores, com destaque para o código 1012 – frigoríficos de suínos e aves –, no qual a taxa de enfermidade é de 3,61. Assim, *os frigoríficos que desenvolvem sua atividade utilizando somente suínos e aves, principalmente frangos, são as empresas que mais causam doenças ocupacionais em todo o grande setor da indústria alimentícia*. Por isso, é muito importante estudar as jornadas e as formas de sua distribuição neste ramo empresarial, no qual *não se tem concedido as pausas intrajornada necessárias* ao combate do estresse laboral e à prevenção da fadiga ocasionada pela sobrecarga muscular, resultando em inúmeros casos de afastamentos para tratamento de doenças²⁸.

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

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

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

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

INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO
TÉRMICA DO EMPREGADO. AMBIENTE
ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EX-
TRAS. ART. 253 DA CLT. APLICAÇÃO ANA-
LÓGICA - Res. 185/2012, DEJT divulgado em
25, 26 e 27.09.2012

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

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

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

Ademais, dada a intensa repetitividade dos movimentos nos serviços de processamento de carnes e derivados, aliada à sobrecarga muscular estática e/ou dinâmica, esses períodos de pausa *não podem ser cumulados* e conferidos ao mesmo tempo. Pelo contrário, devem ser concedidos *ao longo* da jornada de trabalho. Daí a normativa estipular que os períodos unitários das pausas devem ser de no mínimo 10 minutos e no máximo de 20 minutos (item 36.13.2.5). Além disso, a distribuição dessas pausas deve ocorrer de modo a não incidir na primeira hora de trabalho, nem na primeira hora logo após

o intervalo para refeição e descanso, tampouco na última hora da jornada (item 36.13.2.6).

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

a) a introdução de pausas não pode ser acompanhada do aumento da cadência individual, ou seja, da *ritmicidade* das esteiras de produção;

b) as pausas previstas no item 36.13.1 (20min a cada 1h40min em ambiente artificialmente frio) devem ser obrigatoriamente usufruídas *fora dos locais de trabalho*, em ambientes que ofereçam conforto térmico e acústico, disponibilidade de bancos ou cadeiras e água potável;

c) as pausas previstas no item 36.13.2 (as *pausas extras*, de acordo com a jornada efetivamente praticada) devem ser obrigatoriamente usufruídas *fora dos postos de trabalho*, em local com disponibilidade de bancos ou cadeiras e água potável.

Enfim, como já previsto para os operadores de teleatendimento ou telemarketing, a participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando ofertada pela empresa, *não é obrigatória* e pode ser realizada em *apenas um dos intervalos* destinados às pausas (item 36.13.6). Repito: a propagada ginástica laboral não tem tido muita eficácia para a prevenção de doenças do sistema musculoesquelético nesse setor econômico – tanto que já praticada há muitos anos e os índices de adoecimentos só aumentam –, e por isso mesmo a recusa do trabalhador em praticá-la *não é passível* de qualquer punição.

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

pagamento de todos os lapsos de tempo não usufruídos, como hora extraordinária e seus respectivos reflexos.

3.2.4.4 *Pausas do cortador de cana-de-açúcar*

Como já afirmei em outro texto, de 2008²⁹, o trabalho do cortador de cana é *muito fatigante*, quer pelo ambiente em que é prestado, quer pelo esforço físico empreendido, sendo que este trabalhador precisa dar cerca de mil golpes de podão para cortar uma tonelada de cana.

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

[...] ao final da jornada de trabalho de oito horas, (o trabalhador) terá executado de 10.000 a 12.000 movimentos do membro superior. Mas é importante lembrar que há uma movimentação simultânea da coluna vertebral, especialmente dos segmentos lombares e cervicais, bem como da articulação do ombro³⁰.

A isso, soma-se o fato de que o cortador de cana precisa executar de vinte e cinco a trinta movimentos de levantar e abaixar o membro superior por minuto (cerca de 14.400 movimentos numa jornada de oito horas diárias). Associada à intensa movimentação dos membros superiores, ainda há a transmissão mecânica do im-

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

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

pacto da lâmina do podão no colmo da cana-de-açúcar ao braço do trabalhador³¹.

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

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

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

RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. ADICIONAL DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CORTADOR DE CANA DE AÇÚCAR. O cortador de cana de açúcar, que recebe salário por produção, tem direito às horas extraordinárias, acrescidas do respectivo adicional. Aplicação da parte final da Orientação Jurisprudencial nº 235 da SBDI-1 desta

31 *Ibidem*, p. 16.

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

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

Corte. Recurso de revista não conhecido.

PAUSAS PARA DESCANSO. NR-31 DO MTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. A sobrecarga muscular, decorrente dos movimentos repetitivos resulta em fadiga e, por conseguinte, em inúmeras lesões que podem levar à incapacidade do trabalhador. Buscando minimizar os efeitos colaterais das atividades que exigem esse tipo de esforço, o legislador estabeleceu regime de pausas, conforme proteção dada ao digitador. O trabalho de corte de cana-de-açúcar, tal como o dos digitadores, é por demais repetitivo e, da mesma forma, resulta em desgaste físico e mental ao empregado rural, considerando que chega a desferir até mais de 10.000 golpes de podão diariamente, fora a intensa movimentação dos membros superiores (Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, São Paulo, v. 26, n.97-98, 2001, p.17). Sendo assim, como forma de proteção ao direito humano à saúde do trabalhador, e diante da lacuna da lei (art. 8º da CLT), impõe-se a aplicação analógica do art. 72 da CLT, que, muito embora seja destinado aos empregados que trabalham nos serviços permanentes de mecanografia, exige sobrecarga muscular estática, conforme prevê o item 31.10.9 da NR-31. Recurso de revista conhecido e desprovido. (Processo: RR - 54-58.2011.5.15.0156. Data de julgamento: 17/04/2013, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2013).

Fico imensamente feliz em ver o E. TST julgar nesse sentido, pois já julgava dessa maneira em Orlândia/Morro Agudo (SP) desde 2008. Aliás, em palestra proferida no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho Rural, realizado pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, na cidade de Barretos (SP), nos dias 25 e 26 de outubro de 2007, defendi a ideia de que deveria ser coibido o ajuste de remuneração por produção nesse tipo de atividade e, até que isso efetivamente ocorresse, deveriam ser concedidas *pausas que levem em conta a carga de trabalho, a necessidade e a capacidade de cada pessoa*. Por analogia, sugeri a utilização da NR-17, que estabelece uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, ou, pelo menos, *do art. 72 da CLT*, segundo o qual deve haver um repouso de dez minutos para cada 1h30min trabalhados. Posteriormente, o texto respectivo foi publicado na Revista LT_r, em 2008³⁴.

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

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

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

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

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

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

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

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

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

O dano existencial ainda é uma figura jurídica em construção na jurisprudência brasileira, mas a jurisprudência trabalhista já tem dado sinais de que vai desenvolvê-la a contento, especialmente no que pertine às *jornadas de trabalho exaustivas*. Esse dano se configura quanto o trabalhador perde parte considerável de seu tempo

de vida no trabalho, impedindo-o de ter seu sagrado *tempo livre*, pois o ser humano não vive apenas para trabalhar e descansar/repousar. Por isso mesmo, desde o século XIX, os trabalhadores empreenderam a luta pelos *três oito*: oito horas de trabalho, oito horas de descanso, oito horas de tempo livre. Márcio Túlio Viana assevera que logo após a fixação da jornada de trabalho em 10 horas diárias, em 1847, os operários ingleses passaram a lutar pela jornada de oito horas, cantando o seguinte estribilho: “*Eighth hours to work; Eighth hours to play; Eighth hours to sleep; Eighth shillings a day*”³⁵.

Como é sabido, o excesso de trabalho provoca inúmeros danos ao trabalhador, impossibilitando-o de promover o desenvolvimento de sua personalidade, com o estudo, o aprimoramento intelectual, a aspiração de crescimento profissional, bem como de ter uma vida familiar e social saudável, pois trabalhando em jornadas extenuantes o trabalhador *não tem tempo suficiente* para conviver com a pessoa amada, para educar seus filhos, relacionar-se com os amigos, ir a festas, clubes, passeios etc. E não pode ser olvidada a situação de falta de tempo para relações sexuais com a pessoa amada, o *dano à vida de relação* em sentido estrito, que gera um sentimento de frustração, de impotência, da mais profunda tristeza, tendo em vista ser o sexo imprescindível à harmonia conjugal e à própria saúde, como amplamente divulgado no meio científico. De modo que o dano existencial ou o dano à vida de relação é mais amplo do que o dano moral em sentido estrito, mas não impede a condenação ao pagamento de uma *indenização por dano moral*, já que todos são danos extrapatrimoniais, ou seja, de ordem pessoal³⁶.

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

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

Nesse sentido decidiu a E. 4ª Câmara do TRT-15, em acórdão cuja Relatora foi a Des. Eleonora Bordini Coca, nos autos do Proc. n. 0000144-34.2013.5.15.0047. No referido processo restou reconhecido que o trabalhador praticava uma jornada das 6h às 23h, sem intervalo intrajornada. Consta do acórdão que o trabalhador sofreu danos morais ou existenciais, decorrentes “das longas jornadas de trabalho realizadas durante todo o contrato de trabalho, prejudicando a qualidade de vida e a fruição de direito ao lazer, à instrução e à convivência familiar”, além do que se constatou a ausência de concessão de férias, durante os 12 anos de duração do contrato de emprego, como se não bastasse a redução dos intervalos intrajornada e entrejornadas. Ressaltou o acórdão que “a prestação habitual de sobrejornadas estafantes, tal como a verificada, acaba por configurar dano existencial, porquanto viola direitos fundamentais, inclusive o princípio da dignidade humana, e dificulta, se não impossibilita, o trabalhador de gerir a própria vida”. Foi dado provimento ao recurso para condenar a empresa ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de indenização por dano moral.

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

Oxalá vejamos essa prática se consolidar!

Jurisprudência

Acórdãos

PROC. Nº TRT - RO- 0000584-05.2013.5.06.0007

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR SERGIO TORRES TEIXEIRA

RECORRENTE:TATIANE AMARAL DE BARROS

RECORRIDOS: HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO, ITAÚ UNIBANCO S/A
E CONTAX-MOBITEL S/A

ADVOGADOS: RAFAEL BARBOSA VALENÇA CLÁBRIA, ERWIN HERBERT FRIEDHEIM NETO, ANTÔNIO BRAZ DA SILVA E CARLOS EDUARDO GOMES PUGLIESI

PROCEDÊNCIA: 7ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE/PE

EMENTA : DIREITO DO TRABALHO. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO. CALL CENTER. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ATIVIDADES BANCÁRIAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO. AUSÊNCIA DE SERVIÇO ESPECIALIZADO, DE VIGILÂNCIA OU DE LIMPEZA. FRAUDE. ILÍCITUDE. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. A inserção do trabalhador na dinâmica da empresa-tomadora, laborando em atividade ligada ao seu objeto econômico principal, permite supor a existência dos elementos subordinação e pessoalidade, apenas elementos robustos de que o poder diretivo era delineado e executado pela prestadora de serviços pode afastar a relação jurídica empregatícia entre o suposto empregado da terceirizada e a tomadora. Não se olvide que os requisitos essenciais à declaração judicial da relação de emprego estão demarcados nos artigos

2º e 3º, da CLT, os quais podem ser resumidos em: a) - prestação de serviços por determinada pessoa física a outra pessoa física ou jurídica; b) - caráter personalíssimo do executor dos serviços; c) - não-eventualidade; d) - onerosidade; e, finalmente, e) - subordinação jurídica. A doutrina evoluiu no sentido de dar nova conceituação à subordinação, considerando-a no seu aspecto objetivo. Com efeito, o instituto, pela atual conceituação doutrinária, importa numa relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue em linhas harmônicas a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos. A terceirização é, portanto, modalidade de contratação de empregado que consiste na transferência de uma atividade empresarial secundária a outra empresa com a finalidade específica de prestação de serviços, procurando, então, a primeira, concentrar esforços no seu negócio principal, otimizando os serviços e a sua produção. Os contratos sob tal modalidade não podem ser celebrados de forma que colidam com a legislação trabalhista e com a Constituição Federal, restando ilegal a terceirização que se dá em atividade-fim do tomador de serviços. Em sendo constatada a fraude na terceirização de mão de obra, aplica-se o entendimento contido na Súmula nº. 331, inciso I, do TST, para se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. Sentença reformada, na linha de precedentes do C. TST e do Regional. Recurso provido.

Vistos etc.

Recurso ordinário interposto por **TATIANE AMARAL DE BARROS** em face da sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara do Trabalho do Recife/PE, que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação trabalhista ajuizada em face do **HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO** e **ITAÚ UNIBANCO S/A**, constando também como recorrida a **CONTAX-MOBITEL S/A**, nos termos da fundamentação de fls. 497/504

Nas razões recursais de fls. 509/562, pugna pela reforma do julgado a fim de que seja reconhecido o vínculo de emprego diretamente com a instituição bancária, debaixo do argumento de que a terceirização havida foi ilícita. Invoca as disposições da Súmula 331 do TST, afirmando que foi contratado, por meio de terceirização ilícita, entre a CONTAX e a entidade bancária demandada, a fim de prestar serviços diretamente ao banco recorrido. Pede o enquadramento sindical como bancário. Requer a declaração do vínculo diretamente com o HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO, em face da presença da subordinação jurídica e pessoalidade. Traz um longo arrazoado quanto às atividades desenvolvidas para clientes do banco, como: renegociação de dívidas, concessão de crédito bancário, vendas de cartão, vendas de seguros, alteração de limites, dentre outros serviços bancários. Faz outras digressões e cita jurisprudência no tema.

Contrarrazões apresentadas pelo ITAÚ, às fls. 566/581 e pela CONTAX, às fls. 584/619.

Desnecessária a remessa dos presentes autos à d. Procuradoria, em face do disposto no art. 50 do Regimento Interno deste Regional. Ressalva-se, contudo, o direito de se pronunciar verbalmente ou pedir vista regimental, se necessário, por ocasião da sessão de julgamento, nos termos do art. 83, incisos II, XIII e VII, da Lei Complementar 75/93.

É o relatório.

VOTO

Dos pressupostos de admissibilidade

O recurso é tempestivo; as representações encontram-se regulares e o preparo é desnecessário. Satisfeitos, assim, os demais pressupostos objetivos de admissibilidade, conheço-o, bem como das contrarrazões.

Do Mérito

Terceirização. Ilicitude. Call Center. Instituição Bancária

O cerne da questão devolvida a esta corte revisora é declaração da licitude ou ilicitude da terceirização havida entre a CONTAX-MOBITEL S/A e o HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO, aquela na qualidade de prestadora dos serviços e este como instituição financeira beneficiária dos serviços.

A parte autora defende que estão presentes os requisitos da subordinação jurídica e da pessoalidade autorizando o reconhecimento do vínculo de emprego pugnando com os consectários daí advindos, inclusive a aplicação das normas coletivas dos bancários.

Analisando com melhor acuidade a matéria e tendo em vista a evolução da jurisprudência majoritária, não somente neste regional (precedentes: PROC. (RO) 0000437-27.2013.5.06.0001/2ª Turma; PROC. (RO) 0000466-29.2013.5.06.0007/3ª Turma; 0000054-83.2013.5.06.0012/4ª Turma), mas principalmente em sede do Tribunal Superior do Trabalho, evolui meu entendimento e alterando aquele que vinha dotando anteriormente, passo a acompanhar, doravante, esta nova postura.

Digo isso, porque, não obstante não esteja jungido a tais posicionamentos, por uma questão de política e disciplina judiciária e ainda por economia e celeridade processual, tão caro ao nosso ordenamento jurídico, eis que, ao final, prevalecerá a tese majoritária, daí porque curvo-me a ela.

Analisando a peça vestibular, observo que o autor denunciou que muito embora tenha denunciado a contratação pela empresa CONTAX, sempre desempenhou os serviços exclusivamente em benefício do HIPERCARD, atuando nas seguintes funções (fls. 08):

- vendas de cartão, vendas de seguro do cartão, alteração de limites, solicitação de segunda via de cartão, análise de reativação de clientes, entrega e desbloqueio de cartão, inclusão de dependentes, suporte das áreas de cobrança, controles, processamento, alteração, cálculos dos encargos do cartão, pagamentos de contas, empréstimo pessoal (HIPERCREDITO), antecipação de crédito, títulos de capitalização (HIPERLIN) e gestão de contas, liberação de compras, dentre outros vários serviços correlatos.

Os réus não negaram a terceirização dos serviços, mas aduziram tratar-se de um novo modelo de administração, sem qualquer interferência dos tomadores, exceto quanto à relação dos produtos e as informações a serem divulgadas.

As partes anuíram com a adoção de prova emprestada, consoante ata de fls. 381, pelo autor foi trazida a instrução do Processo 0001008-18.2011.5.06.0007 e pelos réus, os Processos 0000652-65.2012.5.06.0014 e 0001450-87.2011.5.06.0005.

Vejamos o depoimento da testemunha da empresa:

(...) que fez um treinamento na Contax o qual foi ministrado por pessoas do Banco Itaú; que apenas recebia ligação de clientes do cartão de crédito do Banco Itaú, não fazendo ligações para estes mesmos clientes; que todos os serviços tratados no atendimento eram referentes apenas ao cartão de crédito, o que incluía venda do seguro do cartão, alteração de limite, bloqueio e desbloqueio, cancelamento; que quando o cliente pedia alteração de limite a atendente faz o registro para que a área responsável apreciasse o pedido; que não tinha como fazer diretamente a alteração de um limite; que quando era solicitado

o cartão de dependente era a própria depoente quem já fazia o cadastro do dependente e solicitava o envio do cartão; que atendia ordens de uma supervisora do Itaú; que a Sra. Cláudia era esta supervisora, funcionária do Itaú que permanecia na Contax; que a Sra. Cláudia usava farda, mas não lembra de qual empresa (...) (sem os grifos)

Extrai-se de tal depoimento que a relação jurídica existente entre as partes se deu de forma pessoal, não eventual, mediante salário e com subordinação. A inserção do trabalhador na dinâmica da empresa-tomadora, laborando em atividade ligada ao seu objeto econômico principal, permite supor a existência dos elementos subordinação e personalidade, apenas elementos robustos de que o poder diretivo era delineado e executado pela prestadora de serviços pode afastar a relação jurídica empregatícia entre o suposto empregado da terceirizada e a tomadora.

Com efeito, não é dado ao empreendedor terceirizar a execução de sua atividade fim. O objetivo social deve ser realizado pelo empresário ou por empregados seus, sob pena de caracterizar fraude à legislação trabalhista que regula as relações de emprego.

No caso dos autos em face da aplicação do princípio da primazia da realidade em que os fatos prevalecem em detrimento daquilo que restou formalizado no mundo do direito, restam evidenciados os requisitos do contrato de emprego, qual seja, trabalho prestado por pessoa física com personalidade, de forma não eventual, oneroso e subordinado.

Não se olvide que os requisitos essenciais à declaração judicial da relação de emprego estão demarcados nos artigos 2º e 3º, da CLT, os quais podem ser resumidos em: a) - prestação de serviços por determinada pessoa física a outra pessoa física ou jurídica; b) - caráter personalíssimo do executor dos serviços; c) - não-eventualidade; d) - onerosidade; e, finalmente, e) - subordinação jurídica. A doutrina evoluiu no sentido de dar nova conceituação à subordinação, considerando-a no seu

aspecto objetivo. Com efeito, o instituto, pela atual conceituação doutrinária, importa numa relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue em linhas harmônicas a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos.

Vê-se, então, que, quanto às tarefas desenvolvidas em prol da entidade bancária, o recorrente conseguiu se desvencilhar do ônus probatório que lhe competia, à luz dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC e que, por esse ângulo de visada se mostra procedente a tese autoral.

Outrossim, analisando os diversos casos apreciados neste Regional, peço venia, pela similitude das situações, para me valer dos bem postos fundamentos lançados pela Desembargadora Valéria Gondim Sampaio em voto condutor e vencedor recente, nesta Eg. 1ª Turma, nos autos do Processo (RO) 0000273-78.2013.5.06.0018, assim ementado e fundamentado, na questão, textual:

(...) RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DESVIRTUADO. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA. ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA DE SERVIÇOS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. Define-se o enquadramento sindical a partir da atividade preponderante do tomador de serviços sempre que o trabalhador cumpra tarefas essenciais ao empreendimento, voltadas ao seu objeto social, de modo subordinado e remunerado. Realidade que demonstra o intuito de facilitar a perpetração de fraudes à legislação trabalhista e previdenciária. Violência à ordem legal e constitucional, reconhecida com escopo

no artigo 9º da CLT.

(...)

O cerne da questão é a existência ou não de ilicitude na terceirização contratada pelas instituições bancárias, que culminou no deferimento dos benefícios previstos nas normas coletivas da categoria, ante o reconhecimento da fraude decorrente da admissão da autora pela empresa CONTAX-MOBITEL S/A.

De modo geral, a síntese fática é aquela, na qual entidades bancárias substituíram a prestação de serviços essenciais, então feita por empregados formalizados, como adequado, e admitiram a realização dessas atividades mediante mão-de-obra terceirizada, contratada via prestadora de serviços, muitas vezes mantendo o mesmo trabalhador, em idêntica função, todavia servindo-se do seu labor por suposta relação jurídica diversa.

Na espécie, aduz a reclamante, na exordial, que foi admitida pela CONTAX-MOBITEL S.A., em 06/10/2012, para prestação de serviços exclusivamente ao BANCO ITAUCARD S.A., na função de “Atendente SAC I”, realizando atividades tipicamente bancárias, em molde de terceirização que se afigura nula, consoan-

te exegese da Súmula 331, item I, do Colendo TST.

Da documentação coligida, sobretudo aquelas de fls. 01/31, do volume II dos autos em apartado, verifica-se que a CONTAX-MOBITEL S.A. (à época TNL CONTAX S.A.) foi contratada para a prestação de serviços às empresas do grupo Itaú (dentre as quais ao BANCO ITAUCARD S.A.), consistentes em cobrança através de telemarketing ativo e receptivo para recuperação de créditos devidos ao Contratante por clientes, correntistas ou não, constantes da sua carteira de inadimplentes (fl. 04 do volume II dos autos apartados).

O BANCO ITAUCARD S.A., por seu turno, tem como objeto social “a atividade bancária em todas as suas modalidades autorizadas para banco múltiplo, com carteira de investimento, de crédito, financiamento e investimento e de arrendamento mercantil, bem como a emissão e administração de cartões de crédito, próprios ou de terceiros, e a administração de carteira de valores mobiliários.” (fl. 132).

Ocorre que o conjunto probatório deixa clara a contratação da acionante para operações diretamente relacionadas com a atividade-fim do empreendimento bancário, a título oneroso, de modo ininterrupto, exclusivo, sujeito a ho-

rário, controle de frequência e subordinação, com fiscalização direta, inclusive, das empresas do grupo Itaú, ainda que nas instalações da empresa terceirizada.

A realidade que emerge do feito é, na verdade, de prática de ato ilícito, com o fito de mascarar relação jurídica de emprego e de fraudar o cumprimento de obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, pois inadmissível terceirização de serviços em tais moldes, por expressa limitação legal, impondo-se ao julgador, desde que instado a tanto, obstaculizar o intento, seguindo a exegese do artigo 9º da CLT.

(...)”

Ressalto, ademais, que a falta de manuseio de numerário, por si, não afasta tal consideração, tendo em vista que existem empregados-bancários nessas condições.

E não a transmudaria o fato de o responsável da prestadora de serviços transmitir ordens ao da tomadora, repassando-as aos trabalhadores. Meros artifícios constituídos, como a própria realização formal do contrato de terceirização o é, com o fito de mascarar relação jurídica de emprego e de fraudar o cumprimento de obri-

gações trabalhistas, previdenciárias e fiscais.

Destaque-se, ainda, que a subordinação jurídica decorre do fato de o empregador dirigir a prestação de serviços; traduz, consoante lição de Maurício Godinho Delgado, “in” Curso de Direito do Trabalho, 4ª ed., São Paulo: Ltr, 2005, a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores; uma idéia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros às ordens de terceiros, uma posição de dependência”, situação ora configurada.

Demais disso, a utilização de certidões de diligências subscritas por Oficiais de Justiça e a Inspeção Judicial (fls. 132/155. do volume II dos autos em apartado), como meio de prova para formação do convencimento do julgador, em que pese não configurar violação as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, posto que as partes tiveram ciência e oportunidade de manifestação a respeito, na espécie, não é óbice à conclusão supra, porque destoante da realidade, conforme declarações da prova testemunhal.

A propósito do tema, destaco precedente desta E. Turma, em acórdão da lavra do então Desembargador Federal do Trabalho, Dr. Nelson Soares Júnior:

FRAUDE ÀS NORMAS DE TUTELA AO TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE BANCÁRIO POR EMPRESA INTERPOSTA. CARACTERIZAÇÃO: 1.-- comprovando-se -- como ocorreu na hipótese em causa -- que a vinculação do reclamante à prestadora de serviços operou, tão-somente, para mascarar a relação de emprego com a instituição financeira (pois não se trata de contrato temporário), a conclusão é de que a sentença não merece censura na parte que acarretou o reconhecimento do contrato de trabalho diretamente com a tomadora dos serviços (Súmula nº. 331, item I, do TST), pois são absolutamente nulos todos os atos tendentes ao desvirtuamento das normas de tutela ao trabalho (artigo 9º da CLT). 2. -- Recurso ordinário parcialmente acolhido.” (PROC. 00748-2005-020-06-00-7, 1ª T., REL. JUIZ NELSON SOARES JÚNIOR, DOE 27.05.06). (...)

Nesse contexto, retomo posicionamento anterior e, ainda, observo que a terceirização é modalidade de contratação de empregado que consiste na transferência de uma atividade empresarial secundária a outra empresa com a finalidade específica de prestação de serviços, procurando, então, a primeira, concentrar esforços no seu negócio principal, otimizando os serviços e a sua produção. Os contratos sob tal modalidade não podem ser celebrados de forma que colidam com a legislação trabalhista e com a Constituição Federal, restando ilegal a terceirização que se dá em atividade-fim do tomador de serviços. Em sendo constatada a fraude na terceirização de mão de obra, aplica-se o entendimento contido na Súmula nº. 331, inciso I, do TST, para se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços.

Nesse sentido, como acima mencionado, recentes julgados do C.TST, verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - TERCEIRIZAÇÃO - CALL CENTER - ATENDIMENTO EXCLUSIVO AOS CORRENTISTAS DO BANCO - FUNÇÕES INERENTES À ATIVIDADE FIM DO BANCO - ILICITUDE. A Corte regional consignou no acórdão que a reclamante, apesar de contratada pela segunda-reclamada, exercia atividade laboral ligada diretamente à dinâmica de funcionamento do primeiro-reclamado (Banco SANTANDER). Também ficou registrado no acórdão, mediante o quadro fático delineado pela Corte regional, que a reclamante, como atendente de call center, realizava atividades intimamente ligadas ao objeto social do tomador dos serviços, como venda de cartões do banco e a captação de clientes, que integram o rol de atividades fim da instituição financeira, não podendo ser objeto de intermediação. Tal circunstância torna ilícita a terceirização efetivada, que apenas se prestou a retirar da reclamante a condição de bancária, embora realizasse, por telefone, atividades que seriam feitas por um bancário caso o cliente comparecesse fisicamente à agência. Se a atividade terceirizada qualifica-se como atividade fim do Banco, desnecessário perquirir a pessoalidade da prestação de serviços ou a subordinação jurídica direta. Vale dizer que o contrato de trabalho é contrato-realidade, que se perfaz

independentemente do envoltório formal que se lhe atribua. Dessa forma, é irrelevante que as reclamadas tenham firmado contrato civil ou comercial de prestação de serviços, se este, em verdade, se prestou à intermediação da força de trabalho da reclamante. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 1581-88.2012.5.03.0012 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 13/08/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A decisão regional encontra-se em consonância com o entendimento pacificado no âmbito desta Corte, por intermédio da Súmula n.º 331, I, do TST, de que -a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços-. Nesse contexto, não podendo haver a terceirização de atividade-fim pelas empresas de telecomunicações, correta a decisão que atendeu ao pleito da Obreira, de ver reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (*AIRR - 2096-53.2012.5.03.0003* , *Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing*, *Data de Julgamento: 11/06/2014*, *4ª Turma*, *Data de Publicação:*

DEJT 24/06/2014)

Com tais fundamentos, dou provimento ao recurso e reformo a sentença para, alterando o que foi decidido, declarar a nulidade do contrato de trabalho com a CONTAX-MOBITEL S/A e reconhecer o vínculo de emprego postulado diretamente com o HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem, a quem incumbe julgar os demais pleitos como entender de direito, considerando a presente decisão. Em face do decidido, resta prejudicada a apreciação dos demais temas do recurso.

Prequestionamento

Fica, desde já, esclarecido que, pelos motivos expostos na fundamentação deste julgado, o entendimento adotado não viola qualquer dos dispositivos da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, mencionados pelo recorrente, sendo desnecessária a menção expressa a cada um deles, a teor do disposto na OJ 118, da SDI-I/TST.

Conclusão

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, alterando o que restou decidido, declarar a nulidade do contrato de trabalho com a CONTAX-MOBITEL S/A e reconhecer o vínculo de emprego postulado diretamente com o HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem, a quem incumbe julgar os demais pleitos como entender de direito, evitando-se a supressão de instância.

ACORDAM os Componentes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, por maioria, dar provimento ao recurso para, alterando o que restou decidido, declarar a nulidade do contrato de trabalho com a CONTAX-MOBITEL S/A e reconhecer o vínculo de emprego postulado diretamente com o HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem, a quem incumbe julgar os demais pleitos como entender de direito, evitando-se a supressão de instância, vencido o Exmo. Desembargador Pedro Paulo (que considerando lícita a terceirização, negava provimento ao recurso).

Recife, 17 de setembro de 2015.

PROC. Nº TRT - 0000107-69.2014.5.06.0193 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA

RELATOR: IVANILDO DA CUNHA ANDRADE

RECORRENTES: ELIANE MARIA DA CONCEIÇÃO SILVA E BANCO
BRADESCO S.A.

RECORRIDO: OS MESMOS E USINA IPOJUCA S.A.

ADVOGADOS: INGRID DE SORDI BATISTA, WILIAM RODRIGUES DE
OLIVEIRA, JOÃO DE CASTRO BARRETO NETO E URBANO VITALINO
DE MELO NETO

PROCEDÊNCIA: VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA - PE

EMENTARECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE - ENQUADRAMENTO SINDICAL - Confirmado o liame laboral com o Banco Bradesco, tem-se como consequência jurídica o enquadramento da autora como bancária, já que, excetuados os integrantes de categoria diferenciada - detentores de estatuto próprio -, a regra de enquadramento profissional dá-se pela atividade econômica preponderante do empregador. Recurso a que se dá provimento parcial.

RELATÓRIO

Vistos etc.

Trata-se de recursos ordinários interpostos por ELIANE MARIA DA CONCEIÇÃO SILVA e BANCO BRADESCO S. A. contra sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara do Trabalho de Ipojuca - PE (id 7f92b5c), que julgou procedente em parte os pedidos formulados na ação trabalhista ajuizada em desfavor do segundo recorrente e da USINA IPOJUCA S. A.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

Nas razões recursais (id fdb6b32), a reclamada suscita preliminar de ilegitimidade ad causam, aduzindo que a demandante apenas prestava serviços de faxineira na agência, sem qualquer vínculo empregatício. Acrescenta que a reclamante prestava serviços gerais no Posto Avançado (PAB) do Banco Bradesco, em Ipojuca. Requer a

reforma da sentença de primeira instância, para que seja declarada a sua ilegitimidade passiva, com a consequente extinção do processo, sem julgamento do mérito, por faltar-lhe uma das condições da ação, nos termos do artigo 267, inciso VI c/c artigo 301, inciso X, artigo 295, Inciso II e artigo 329, todos do Código de Processo Civil. Manifesta-se inconformada com o reconhecimento de vínculo de emprego, aduzindo que a reclamante jamais foi empregada das reclamadas, nos moldes dos artigos 2º e 3º, da CLT. Diz que a autora exercia seu mister de forma autônoma, sem qualquer ingerência das rés, não era submetida a controle de jornada ou fiscalização de seus serviços, não percebia salários dos reclamadas e nem laborava com exclusividade. Pugna pela exclusão de todas as verbas resultantes do reconhecimento do vínculo empregatício. Por fim, pede a exclusão da multa cominada pelo artigo 477 da CLT, ante a controvérsia acerca da procedência dos títulos postulados pela autora.

RECURSO DA RECLAMANTE

Nas razões recursais (id 1559d6d), a autora insurge-se contra o indeferimento do pleito de enquadramento na categoria dos bancários, e, por consequência, a concessão dos benefícios e vantagens assegurados pelos instrumentos normativos, tais como: jornada de seis horas, diferenças salariais em relação ao piso de servente, auxílio alimentação, auxílio cesta alimentação, décima terceira cesta de alimentação, multa convencional e Participação nos Lucros e Resultados - PLR. Ressalta que laborava das 07h00 as 14h00 e que não usufruía intervalo de 15 minutos. Pugna seja observada a projeção do aviso prévio.

Opostas contrarrazões pelo Bradesco (id ea2e2c4).

É o relatório.

VOTO:

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

Preliminarmente, atuando de ofício, suscito preliminar de não conhecimento do recurso da reclamante, quanto ao pedido de projeção do aviso prévio, por preclusão. Atuação de ofício.

Embora o pleito em tela conste da inicial, vê-se que não foi ele apreciado pelo MM. Juízo de origem, e que não cuidou a autora de reparar a omissão, mediante o manejo de embargos declaratórios. Não o tendo feito, operou-se a preclusão consumativa. Razão pela qual, não conheço do recurso quanto a esse título.

Conclusão das preliminares

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

Da notificação exclusiva:

Defiro o pedido da reclamada, ora recorrente, para que todas as publicações e/ou notificações a ela direcionadas sejam feitas em nome do advogado, Dr. Urbano Vitalino de Melo Neto, CPF 621.475.954-20 e OAB/PE 17.700. Porém, considero descabido o pedido de envio de correspondên-

cias ao seu escritório profissional, por serem todas as publicações efetivadas por meio do Diário Eletrônico.

Da ilegitimidade passiva ad causam:

Afirma a empresa Banco Bradesco S. A. carecer de legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual, ao argumento de que jamais foi empregadora da reclamante.

Postulou-se na inicial o reconhecimento de vínculo de emprego direto da autora com a apelante, fato bastante para considerá-la legitimada para se opor ao pleito.

Nesse quadro, o tema versado constitui matéria de mérito e assim deve ser apreciada.

Nego provimento.

Do vínculo empregatício:

Consta da inicial, ter sido admitida a autora, de forma clandestina, em 01.08.2008, na função de auxiliar de serviços gerais - ASG, para trabalhar em uma das agências da empresa Banco Bradesco S. A., que tem sede nas dependências da Usina Ipojuca S. A., tendo laborado até a data de 04.04.2013. Requereu o reconhecimento do vínculo diretamente com a empresa Banco Bradesco e a condenação subsidiária da Usina Ipojuca.

Em sua defesa (id 1844883), a primeira reclamada (Bradesco) sustentou que o serviço de limpeza de seu estabelecimento era realizado por empresa terceirizada, não contando com empregados que desempenhem a função exercida pela reclamante.

Não o que resulta da apreciação do conjunto probatório.

Com efeito, disse a 1ª testemunha de iniciativa da autora, na audiência a que se reporta a ata de id 14c9572, que:

“[...]”

que trabalhou na Usina Ipojuca desde 1990; que via a reclamante trabalhando no Banco localizado na Usina; que só ia ao banco quinzenalmente para sacar dinheiro, mas passava em frente e via a reclamante trabalhando; que a reclamante era a zeladora; que só via a reclamante trabalhando e nenhuma outra pessoa exercendo a função da reclamante; que entre 06h30min. e 7h quando passava a reclamante já estava trabalhando; que só via a reclamante na semana que trabalhava em horário diurno; que trabalhava em horário diurno em semanas alternadas”. Às perguntas do(a) Reclamante respondeu: “que a reclamante trabalhava de farda; que a farda era vermelha co logotipo do banco; que nunca viu a reclamante auxiliando algum cliente a sacar dinheiro”.

E, corroborando essas declarações, disse a 2ª testemunha de iniciativa da autora:

[...]

que conhece a reclamante porque trabalhava na Usina Ipojuca e via a mesma trabalhando na agência da 1ª reclamada quando passava para ir ao serviço; que batia o cartão as 07h, mas passava uma 06h40min. em frente ao local de trabalho da reclamante; que via a reclamante varrendo a agência; que todos os dias que ia trabalhar tinha que passar em frente a agência, mas não pode dizer a via todos os dias trabalhando, pois a mesma poderia estar trabalhando na parte interna da agência; que não via a reclamante quando largava, pois o depoente só largava à noite”

Por sua vez, a testemunha trazida a Juízo pela demandada sustentou que:

[...]

que trabalha para 1ª reclamada desde janeiro de 2008, como gerente de PAB; que trabalhou no PAB da Usina Ipojuca de meados de 2011 até final de 2013, aproximadamente; que quando começou a trabalhar no PAB a reclamante já estava no mesmo; que a reclamante fazia serviço de limpeza; que a reclamante ia ao serviço

duas vezes por semana, em média, havendo semanas que nem ia; que a reclamante era remunerada pelo banco; que o acordo de trabalho feito com a reclamante, já existente desde antes do depoente começar a trabalhar no PAB, era que a mesma fosse cerca de 2 vezes por semana fazer a limpeza do local no tempo de 20 a 30 minutos; que o local tinha em média 47 metros quadrados e havia um banheiro”.

Depreende-se da análise do conjunto probatório que há de ser confirmado o reconhecimento do vínculo empregatício da autora com a reclamada, frisando-se que o Posto Avançado do Bradesco, no qual esta trabalhava não era abrangido pelo Contrato de Prestação de Serviços colacionado pela empresa, como observou o MM Juízo de Origem.

Assim, impõe-se confirmar a condenação ao pagamento das verbas rescisórias, aviso prévio, férias proporcionais acrescidas de um terço, 13º salário proporcional, FGTS com a multa de 40% e de indenização compensatória do seguro desemprego.

Nego provimento, quanto a este tópico.

Da multa do artigo 477, da CLT:

No que tange à multa do artigo 477, § 8º, há de ser confirmado o seu deferimento, pois a controvérsia quanto à existência da relação de emprego entre as partes não afasta a sua cominação.

Neste sentido, trago à colação a seguinte ementa:

MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT - RECONHECIMENTO EM JUÍZO DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. A aplicação da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, decorre do não pagamento (total ou parcial) ou do pagamento a destempo das verbas rescisórias. A controvérsia sobre o vínculo empregatício não inibe

sua incidência, pois a norma não faz qualquer menção à inexigibilidade da multa, em razão de reconhecimento judicial da relação de emprego. O argumento de que a discussão judicial afasta sua incidência não vale, pois, além de carcer de amparo legal, tal pensamento leva a que todos os empregadores discutam parcelas em sede judicial, com o objetivo de livrar-se da multa. Somente a culpa comprovada do ex-empregado pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias excluirá a penalidade, conforme o dispositivo legal supracitado.” (TRT 6ª R., 2ª T., Proc. 00566-2005-012-06-00-1(RO), Rel. Juiz Acácio Júlio Kezen Caldeira, DOE/PE de 08.07.2006).

Nesta esteira, voto no sentido de se confirmar a condenação da empresa ao pagamento da multa prevista pelo artigo 477, § 8º da CLT.

Conclusão do recurso

RECURSO DA RECLAMANTE

Do enquadramento na categoria dos bancários:

Insiste a demandante na tese de que trabalhava como bancária, e, conseqüentemente, pretende ser enquadrada nessa categoria e que lhe sejam reconhecidos os benefícios e vantagens assegurados em sede de instrumentos coletivos.

Assiste-lhe razão.

Confirmado o reconhecimento do liame laboral da autora com a empresa Banco Bradesco S. A., tem-se como consequência

jurídica o enquadramento da autora como bancária, já que, excetuados os integrantes de categoria diferenciada - detentores de estatuto próprio -, a regra de enquadramento profissional dá-se pela atividade econômica preponderante do empregador.

Portanto, a despeito de haver laborado como auxiliar de serviços gerais, deve a autora ser enquadrada como bancária para todos os efeitos. De se atentar, inclusive, que as CCTs (Cláusula Segunda, alínea “a”) preveem pisos salariais para Pessoal de Portaria, Contínuos e Serventes.

Por conseguinte, dou provimento ao apelo, para reconhecer o enquadramento da autora na categoria dos bancários e, conseqüentemente, deferir-lhe as pretensões relativas ao pagamento de direitos e vantagens concedidos aos bancários por força de normas coletivas específicas desta categoria profissional, tais como: diferenças salariais para o piso da categoria, conforme tabela contida na CCT referente à função de servente, auxílio alimentação, auxílio cesta alimentação e 13ª cesta alimentação. Entretanto, indefiro a multa pelo descumprimento das normas coletivas, porquanto a condição de beneficiária destas normas resultou de decisão judicial.

Por fim, declaro prescritas as parcelas exigíveis até 04.02.2009, considerando ter sido a reclamatória ajuizada em 04.02.2015, exceto no tocante aos depósitos fundiários, título em relação ao qual deve ser observada a Súmula 362 do TST.

Das horas extras e intervalo intrajornada:

A autora afirmou na inicial que laborava das 7hs às 14hs, sem intervalo, da segunda à sexta-feira.

E, na contestação, limitou-se a instituição bancária - Banco Bradesco S. A. - a afirmar “(...)que a parte Reclamante, na medida em que jamais foi empregado do Banco Bradesco, jamais esteve sujeito à fiscalização e controle de sua jornada de trabalho por parte do Banco. “ (id 1844883 - Pág. 15).

E com a sua impugnação genérica, acabou atraindo a incidência do artigo 302, caput, do CPC, segundo o qual se presume a veracidade dos fatos não impugnados especificamente. É certo que esta presunção poderia ter sido elidida por prova em contrário, mas, no caso ora examinado, isso não se verificou, pois como as testemunhas de iniciativa da reclamante não frequentavam o seu local de trabalho diariamente, não se mostram hábeis a demonstrar a jornada praticada pela reclamante, tampouco a ausência de fruição do intervalo intrajornada.

Nego provimento, quanto a este aspecto.

Conclusão do recurso

Ante o exposto, preliminarmente, em atuação de ofício, não conheço do recurso da reclamante, quanto ao pedido de projeção do aviso prévio, por preclusão. E, quanto ao mérito, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento parcial ao apelo da reclamante, para reconhecer o seu enquadramento na categoria dos bancários e, conseqüentemente, deferir-lhe o pagamento de diferenças salariais para o piso da categoria (conforme tabela contida na CCT referente à função de servente), auxílio alimentação, auxílio cesta alimentação, 13^a cesta alimentação e Participação em Lucros e Resultados. Por fim, declaro prescritas as parcelas anteriores 04.02.2009, exceto no tocante ao FGTS, que deve seguir a diretriz da Súmula 362 do TST. Para os fins do artigo 832, § 3º, da CLT, declara-se a natureza salarial das diferenças salariais. Ao acréscimo atribui-se o valor de R\$ 10.000,00. Custas acrescidas em R\$ 200,00.

ACÓRDÃO

Cabeçalho do acórdão

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores que integram a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, preliminarmente, em atuação de ofício, não conhecer do recurso da reclamante quanto ao pedido de projeção do aviso prévio, por preclusão. No mérito, negar provimento ao recurso da reclamada e dar provimento parcial ao apelo da reclamante, para reconhecer seu enquadramento na categoria dos bancários e, conseqüentemente, deferir-lhe pagamento de diferenças salariais para o piso da categoria (conforme tabela contida na CCT referente à função de servente), auxílio alimentação, auxílio cesta alimentação, 13ª cesta alimentação e Participação em Lucros e Resultados. Declarar prescritos os direitos anteriores a 04.02.2009, excetuados os valores devidos a título de FGTS (Súmula 362 do TST). Para os fins do artigo 832, § 3º, da CLT, declara-se a natureza salarial do título das diferenças salariais. Ao acréscimo atribui-se o valor de R\$ 10.000,00. Custas acrescidas em R\$ 200,00.

IVANILDO DA CUNHA ANDRADE

Relator

PROC. Nº. TRT - 0000647-27.2013.5.06.0008 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA DIONE NUNES FURTADO DA SILVA

RECORRENTE: RAIMUNDO JOSÉ PEREIRA JÚNIOR

RECORRIDO: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

ADVOGADOS: JOSÉ ANDRÉ DA SILVA FILHO; E GERALDO CAMPELO DA FONSECA FILHO

PROCEDÊNCIA: 8ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE - PE

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. EMPREGADO NÃO SINDICALIZADO. INDEVIDA. A contribuição sindical compulsória, de natureza tributária, devida por todos os empregados pertencentes à categoria profissional, é prevista na parte final do inciso IV do artigo 8º da CF/88 e nos artigos 578 e seguintes da CLT, de modo que qualquer outra contribuição sindical, confederativa ou assistencial que seja cobrada de empregado não sindicalizado, sem a sua autorização, como é o caso dos autos, mesmo que prevista em instrumento coletivo, atenta contra o princípio da liberdade de associação, prevista nos artigos 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, da CF/88. Na forma do Precedente Normativo 119 da SDC do TST, “A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores indevidamente descontados”.

Vistos etc.

Recorre ordinariamente **RAIMUNDO JOSÉ PEREIRA JÚNIOR** contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 8ª Vara do Trabalho do Recife - PE, que julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente contra **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.**, ora recorrido, nos termos da fundamentação de fls. 219/225.

O reclamante opôs embargos de declaração (fls. 227/230), os quais foram rejeitados (fl. 232).

Em suas razões recursais (fls. 274/280), insurge-se o recorrente contra o reconhecimento de justa causa, argumentando, em suma, que o CD juntado para comprovar a alegação não pode ter seu material acessado, em razão de falha técnica. Aduz que inexistente nos autos prova sobre a matéria, cujo ônus era da empresa na forma do art. 818, CLT. Registra que a testemunha apresentada pela reclamada nada provou sobre o ponto e não presenciou os fatos nem foi testemunha na delegacia. Diz que não o fato não foi provado de forma robusta, nem sua gravidade, inexistindo observância ao princípio da imediatidade e a existência de proporcionalidade entre a falta e a punição. Pontua que durante o contrato de trabalho, que durou mais de cinco anos, nunca sofreu punição. Assaca contra o indeferimento das horas extras, alegando que a sentença ignorou a inversão do ônus da prova, pois a empresa ao negar o serviço extraordinário atraiu para si o encargo do qual não se desincumbiu, nos termos do inciso II, do art. 333, do CPC, não apresentando nenhuma testemunha. Narra que impugnou os cartões de ponto e que estes devem ser tidos como imprestáveis e aplicada à presunção de veracidade, nos termos do art. 359, CPC e da Súmula n. 338, TST. Impugna a sentença que rejeitou sua pretensão de devolução da contribuição sindical, aduzindo que o sindicato não é parte legítima diante do empregado, porque não é ele que processa os descontos, mas a empregadora. Assevera que o STF já decidiu sobre a matéria e esta pacificada pelo TST, no sentido

de que ninguém é obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato. Pugna seja dado provimento ao recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 284/294.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho, porquanto não se vislumbra interesse público no presente litígio (art. 50 do Regimento Interno deste Sexto Regional).

É o relatório.

VOTO:

Conheço do recurso, porquanto preenche os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Da justa causa

Inconformado com a sentença de origem que acatou a justa causa resilitiva alegada pela empresa, persegue o autor a reforma do que restou decidido, perante esta Instância Revisora, aduzindo, para tanto, que inexistente prova robusta do fato, não havendo a demandada se desvencilhado do encargo probatório, invocando a aplicação dos princípios da imediatidade e da proporcionalidade para a punição.

Vejam os.

Constou da peça vestibular que o autor foi dispensado em 12 de novembro de 2012, sem justa causa, porém, no dia seguinte (13/11/2012), quando compareceu à empresa teve conhecimento de que a rescisão seu deu por justa causa, mas “não sabe o motivo certo da dispensa”.

Em sua resposta, aduziu a demandada que a rescisão contratual ocorreu por justa causa, com base na alínea ‘a’ do art. 482 da CLT, pelos motivos ali expostos.

Pois bem. Para a configuração de justa causa, conforme ensinamento de Mauricio Godinho Delgado, in “Curso de Direito do Trabalho”, 4ª ed., pág. 1183/1186, necessária a presença concomitante de requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais. Os objetivos são os seguintes: tipicidade da conduta obreira; natureza da matéria envolvida e gravidade da conduta. Já os subjetivos, a autoria e o dolo ou a culpa do empregado. Por fim, os circunstanciais são: nexos causal entre a falta e a penalidade; adequação entre a falta e pena aplicada; proporcionalidade entre elas; imediatividade da punição; ausência de perdão tácito; singularidade da punição (non bis in idem); inalteração da punição; ausência de discriminação; caráter pedagógico.

A continuidade da relação de emprego é princípio formador do Direito do Trabalho, posto que tem por finalidade preservar o contrato de trabalho, garantindo, assim, a segurança econômica do empregado.

Desse modo, o fato motivador da dispensa por justa causa, como punição máxima a ser aplicada ao empregado, configura situação excepcional, que enseja robusta comprovação, a cargo da empregadora, nos termos do art. 818, da CLT e art. 333, II, do CPC.

Com o fito de provar suas alegações, a demandada trouxe aos fôlios um CD, acostado à fl. 297 dos autos apartados, volume 02 e uma testemunha, ouvida às fls. 172/173, verificando-se que o documento em mídia está quebrado ao meio, ine-

xistindo notícia nos autos sobre o ocorrido, constando apenas que foi aberto pelo autor, o qual informou à fl. 171, que não pode abrir o CD devido o programa contido no mesmo, ocasião em que foi deferido o pedido para impressão de novo CD, no prazo de dez dias, pela demandada, o que não foi atendido, pelo que consta dos autos. Aludida prova, desse modo, ficou prejudicada, seja por se encontrar danificado o CD, seja pela falta de apresentação de nova impressão do documento.

Resta, assim, o depoimento da testemunha apresentada pela demandada, que passa a ser analisado.

A testemunha de nome Jailson Alves da Silva, informou que o demandante foi despedido pelo fato de haver subtraído uma bandeja com peixe (filé de tilápia), e embora não tivesse presenciado o fato tomou conhecimento através do Gerente de nome Luciano “que trouxe a bandeja com o peixe e comunicou ao depoente”.

O fato ocorreu no dia 26/10/2012, por volta das 16h13min, segundo alegação da defesa, ocorrendo a rescisão contratual no dia 13/11/2012, o que deixa patente a imediatez da punição.

Esclareço que o testemunho para que se dê credibilidade a ele não é necessário que seja ocular do fato. Portanto, apenas por não ter a testemunha presenciado o autor furtando a bandeja de peixe, não lhe retira a credibilidade, até porque o furto significa tirar furtivamente, fora da vista de outrem, diferente do roubo que se dá mediante violência e, assim, não tinha como ser presenciado, salvo pelas câmeras de segurança, cujo CD delas extraído, e que se encontra nos autos, deixou de ser aberto em virtude de estar quebrado.

O ato praticado pelo autor é tipificado pela CLT como ato de improbidade, enquadrado no direito penal como furto, e que não poderia ser considerado famélico, porque o autor, estando empregado, não estava a passar fome, embora fosse utilizar o produto para sua alimentação.

Observo, por outro lado, que apesar de haver a testemunha mencionado, e também constado da defesa que houve registro de Boletim de Ocorrência Policial, aludida peça informativa não veio aos autos, constando apenas o número daquela ocorrência. Entretanto, tal documento isoladamente não constituiria prova suficiente, havendo necessidade de se encontrar aliado a outros elementos de prova.

Cabe, agora se averiguar, se a pena máxima aplicada ao autor foi proporcional à falta cometida. Entendo que foi sim, considerado que o ato de improbidade é a das mais graves faltas que autoriza a rescisão contratual, vez que abala consideravelmente a fidúcia necessária para a manutenção do vínculo empregatício, de modo que, ao se manter o empregado no serviço, pesaria sempre a desconfiança de que pudesse praticar outra vez o ato delituoso, não se considerando apenas o valor do bem que foi subtraído, porque como diz o adágio popular “cesteiro que faz um cesto, faz um cento”.

Desse modo, resta demonstrado que a despedida do autor se deu pelo cometimento de falta grave, havendo a demandada se desvencilhando do encargo probatório que lhe cabia, de forma que mantenho a sentença revisanda, no aspecto, pois analisou com acerto a questão posta.

Das horas extraordinárias

Assevera o demandante, no tema, que a ré não se desincumbiu do ônus da prova que lhe cabia, havendo impugnado os cartões de ponto, que devem ser considerados imprestáveis, aplicando-se o teor da Súmula 338 TST.

Na sentença, a matéria restou assim decidido:

“DA JORNADA DE TRABALHO E PEDIDOS CORRELATOS: O reclamante requer o pagamento de todas as horas extras alegando que trabalhava em sobrejornada e, que não era corretamente remunerado.

A seu turno, a defesa demonstrou que o reclamante sofria controle de jornada tendo colacionados os controles de ponto.

O reclamante não produziu prova oral em sustento às suas alegações, 2ª a sábado das 08:00 às 17:30 e com 01 hora ou 01:40 horas de intervalo para refeição e que trabalhava em 02 domingos ao mês das 09:00 às 18:00 com 01 hora de intervalo. Esclarece que em épocas de balanço trabalhava de 01 a 02 horas além da jornada.

A reclamada nega a prática de horas extras não remuneradas. Menciona que toda a jornada do reclamante era lançada em registro de ponto e colacionou aos autos os referidos registros.

Assim, o ônus da prova referente à prática da jornada anunciada na inicial, recaiu sobre o reclamante e, deste, o mesmo não se desvencillhou, pelo que, para todos os fins, temos como fidedignos os controles de ponto acostados e,

indeferimos os pedidos de itens 18, 19, 22, 23 e 24 da inicial.” (fls. 222/223)

Entendo que a sentença deve ser mantida no ponto.

Isso porque, ao impugnar os controles de ponto, ao contrário do alega o autor, o encargo da prova passou a ser de sua responsabilidade, do que não se desvencilhou, vez que não cuidou, de produzir prova oral para desconstituir a presunção de veracidade que milita em favor da prova documental.

De outra banda, os espelhos de ponto não apresentam horários uniformes, conhecidos como britânicos para se aplicar o teor da Súmula 338, consoante pretende (fls. 96/164 dos autos principais e fls. 161/218 e 272/296 dos autos apartados), de modo que são considerados idôneos aludidos documentos.

Assim, embora haja o autor registrado desde a inicial que os registros não retratavam a realidade (fl. 06), cabia-lhe provar a alegação, o que não fez, não tendo apresentado testemunha ou qualquer outra prova, não havendo como se aplicar a Súmula 388 do TST, nem muito menos a presunção de veracidade prevista no art. 359 do CPC, somente cabível quando a parte deixa de exhibir os documentos, o que não ocorreu na hipótese.

Se não bastasse, a testemunha apresentada pela demandada confirmou serem corretos os registros dos controles de ponto, havendo inclusive que o apontamento das horas excedentes (fl. 173), conforme pode ser detectado pela análise de aludida prova, mesmo compulsada por amostragem.

Assim, verifica-se anotação de trabalho aos domingos nos controles de ponto, consoante documento de fl. 102, por exemplo, bem como até mesmo de horário de saída às 20h00, conforme se constata à fl. 107, o que aponta para validade de tais controles de jornada. Ao lado disso, percebe-se a adoção de banco de horas, regularmente instituído, nos termos da Súmula

n. 85, TST, por meio de convenção coletiva (fl. 39 c/c fl. 50 dos autos complementares), e o pagamento de horas extras (fl. 156 dos autos apartados, por exemplo), não havendo o autor, por sua vez, apontado qualquer diferença.

Nego provimento ao recurso no particular.

Dos descontos indevidos - contribuição sindical

Pretende o demandante a reforma da sentença para ver condenado o réu à devolução, em dobro, dos valores descontados a título de contribuição sindical.

O pleito resta incontroverso, ante a afirmativa do recorrido de realização dos descontos por estarem os empregados vinculados ao sindicato representativo da categoria (fl. 58).

Pois bem. A contribuição sindical compulsória, de natureza tributária, devida por todos os empregados pertencentes à categoria profissional, é prevista, como sabido, na parte final do inciso IV do artigo 8º da CF/88, e nos artigos 578 e seguintes da CLT, de modo que qualquer outra contribuição sindical, confederativa ou assistencial que seja cobrada de empregado não sindicalizado, sem a sua autorização, como é o caso dos autos, mesmo que prevista em instrumento coletivo, atenta contra o princípio da liberdade de associação, prevista nos artigos 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, da CF/88.

Esse, inclusive, é a diretriz do Precedente nº 119 da Seção de Dissídios Coletivos do TST:

Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS
- INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS
CONSTITUCIONAIS - (nova redação dada
pela SDC em sessão de 02.06.1998 - homologação Res. 82/1998, DJ 20.08.1998)

“A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoroamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

Ressalte-se, ainda, o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº 666, dispondo que: “A contribuição confederativa de que trata o artigo 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.”

Acerca da matéria, trago os seguintes arestos:

RESTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. Nos termos do Precedente 119/SDC “a Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoroamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando

trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados”. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e aplicação da Súmula 333/TST. Recurso de revista não-conhecido. (TST - RR 120/2004-120-15-00 - Rel^a Min^a Rosa Maria Weber Candiota da Rosa - DJe 08.05.2009 - p. 622)

RECURSO DE REVISTA - DESCONTOS ASSISTENCIAIS PREVISTOS EM CONVENÇÕES COLETIVAS SEM ANUÊNCIA DO EMPREGADO - Os arts. 5º, inciso XX, e 8º, inciso IV, da Carta da República garantem o direito à liberdade de sindicalização e de associação, sendo com ela incompatíveis quaisquer cláusulas que estabeleçam contribuições em favor da entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo ou assistencial, obrigando empregados não-sindicalizados ao recolhimento. Precedente Normativo nº 119 e Orientação Jurisprudencial nº 17 da SDC deste Tribunal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR 868/2004-662-04-00.5 - 5ª T. - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DJU 03.02.2006.)

DESCONTOS POR CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA E ASSISTENCIAL - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PELO RECLAMANTE OU DE PROVA DE QUE

FOSSE ELE ASSOCIADO DO SINDICATO - NÃO BASTA PARA LEGITIMÁ-LO A PREVISÃO ATRAVÉS DE CONVENÇÃO COLETIVA - O PRECEDENTE NORMATIVO 119 DO TST VEDA A PRÁTICA. (TRT 2ª R. - RO 01510-2005-501-02-00-3 - 3ª T. - Relª Juíza Maria de Lourdes Antonio - DOE/SP 16.12.2008)

1. CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 666 (“A CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA DE QUE TRATA O ART. 8º, IV, DA CONSTITUIÇÃO, SÓ É EXIGÍVEL DOS FILIADOS AO SINDICATO RESPECTIVO”) - 2. Recurso extraordinário trabalhista: Descabimento: Questão relativa à contribuição assistencial estipulada em convenção coletiva, de natureza infraconstitucional: Precedentes (V. G. RE 220.120, Perence, DJ 22.05.1998; RE 222.331, Ilmar, DJ 6.8.99). 3. Recurso extraordinário: Inadmissibilidade: Controvérsia sobre validade de cláusula de acordo coletivo de trabalho decidida à luz de legislação infraconstitucional pertinente, de reexame inviável no RE: Incidência da Súmula 454. 4. O artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, não elide a declaração de nulidade de cláusula de acordo coletivo de trabalho à luz da legislação ordinária. 5. Improcedência das alegações de negativa de prestação jurisdicional e de violação das garantias constitucionais invocadas no recurso extraordinário. (STF - AI-AgR 657925 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda

Pertence - DJU 14.09.2007 - p. 00040)

Destarte, tendo sido os descontos realizados sem a autorização do trabalhador, dou provimento ao apelo, para deferir o pedido de devolução dos valores, que deve ser feito à luz dos recibos de pagamento, de forma simples, vez que não há amparo legal para o pedido de devolução em dobro.

Do prequestionamento

Impende registrar que, de acordo com a Orientação Jurisprudencial n. 118 da SDI-I do C. TST, desnecessária a referência expressa na decisão a todos os dispositivos invocados pelas partes, uma vez adotada tese explícita sobre a matéria. Tampouco se faz necessário menção a todas as teses alegadas pelas partes, bastando que a decisão seja fundamentada, conforme a convicção do julgador, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para acrescer à condenação a devolução dos descontos feitos a título de contribuição sindical, de forma simples, à luz dos recibos de pagamento acostados aos autos. Ao acréscimo condenatório, arbitro o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), e custas de R\$ 20,00 (vinte reais).

ACORDAM os Desembargadores da 3.^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, para acrescer à condenação a devo-

lução dos descontos feitos a título de contribuição sindical, de forma simples, à luz dos recibos de pagamento acostados aos autos. Ao acréscimo condenatório, arbitra-se o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), e custas de R\$ 20,00 (vinte reais).

Recife, 14 de setembro de 2015.

PROCESSO TRT n.º 0000250-89.2014.5.06.0021 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR : QUARTA TURMA

RELATORA : DESEMBARGADORA NISE PEDROSO LINS DE SOUSA

RECORRENTE : MANOEL PATRÍCIO PEREIRA

RECORRIDO : MUNICÍPIO DO RECIFE

ADVOGADOS : DILMA PESSOA DA SILVA; CHARBEL ELIAS MAROUN

PROCEDÊNCIA : 21ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE/PE

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. COMPETÊNCIA. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME. Consoante recentes julgados, o STF e o TST vêm sedimentando o entendimento de que a transmutação do regime celetista para o estatutário por Lei Municipal ou Estadual é ilegal. Com efeito, a existência de referidas leis não enseja a conversão automática do regime jurídico de celetista para estatutário de empregado contratado por ente da Administração Pública Direta, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta, em seu art. 37, II, impõe a observância de prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público.

RELATÓRIO

Vistos etc.

Recurso ordinário regularmente interposto por MANOEL PATRÍCIO PEREIRA, de sentença proferida pelo MM. Juízo da 21ª Vara do Trabalho de Recife/PE, ID 465edd0, que declarou a incompetência dessa Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente demanda, que tem como recorrido o MUNICÍPIO DE RECIFE.

Em suas razões, ID 4229129, busca o reclamante o deferimento da justiça gratuita. Em seguida, insurge-se contra o decisum que declarou a incompetência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente demanda. Afirma que esta Justiça Especializada detém a competência para tal, uma vez que por diversas vezes o STJ já declarou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir o feito desta natureza. Assevera que tendo a parte reclamante sido contratada antes do advento da atual Constituição, absolutamente nula sua conversão para o regime estatutário, de forma automática, pela Lei Municipal, uma vez que foi contratado sob regime celetista e deveria permanecer neste. Colaciona aresto oriundo do C. TST em favor de sua tese. Pede provimento.

Contrarrazões apresentadas, ID a1c3569.

Através de despacho, ID 2ee615a, o julgamento foi convertido em diligência para remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, tendo em vista que uma das partes é pessoa jurídica de direito público.

Efetuada a diligência, o Ministério Público do Trabalho, em parecer da lavra do Excelentíssimo Procurador do Trabalho, Waldir de Andrade Bitu Filho, ID b9b367b, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Da preliminar de não conhecimento do recurso quanto ao pleito de deferimento da Gratuidade da Justiça, por falta de interesse recursal. Atuação de ofício.

Suscito de ofício a preliminar em epígrafe, tendo em vista que o autor não tem interesse processual para pleitear a reforma do

julgado no tocante aos benefícios da justiça gratuita, pois em tal aspecto a sentença já houvera deferido a ele, reclamante, a benesse em apreço, vez que dispensado do recolhimento das custas processuais.

Não se vislumbra, portanto, prejuízo processual ao obreiro neste aspecto, razão por que o demandante não possui interesse processual para se insurgir contra a decisão recorrida.

Não conheço da referida matéria por falta de interesse processual do autor.

MÉRITO

Recurso da parte

Da incompetência da Justiça do Trabalho

De início, indispensável realização de escorço histórico do presente feito.

Afirmou o autor, em sua petição inicial, que prestou serviços ao município, admitido na data de 18/08/1977. Aduziu que o vínculo estabelecido com o ente público foi celetista. Alegou que não foram efetuados corretamente os depósitos fundiários durante o pacto laboral.

O município corroborou as assertivas da reclamante no tocante à data de admissão, bem como ao seu regime celetista. Contudo, alegou que houve transmutação desse regime para o estatutário por força da Lei Complementar Municipal nº 15.335/90, e nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Juízo de primeiro grau declarou-se incompetente para processar e julgar o presente feito.

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise do recurso.

O Supremo Tribunal Federal já assentou a impossibilidade de conversão automática do regime celetista para o estatutário. Assim dispôs a Corte Superior no julgamento da ADIn 1.150-RS, in verbis:

Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul. - Inconstitucionalidade da expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no § 2º do artigo 276, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT. - Quanto ao § 3º desse mesmo artigo, é de dar-se-lhe exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abrangidas, em seu alcance, as funções de servidores celetistas que não ingressaram nelas mediante concurso a que aludem os dispositivos constitucionais acima referidos. - Por fim, no tocante ao § 4º do artigo em causa, na redação dada pela Lei estadual nº 10.248/94, também é de se lhe dar exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abarcados, em seu alcance, os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso, nos termos do artigo 37, II, da parte permanente da Constituição ou do § 1º do artigo 19 do ADCT. Ação que se julga procedente em parte, para declarar-se inconstitucional a expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT. (ADI n. 1150/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.04.98).

O entendimento emanado do C. TST não destoia desta orientação. Vejamos a seguinte jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ESTADO DO PIAUÍ - EMPREGADO CONTRATADO SOB O REGIME CELETISTA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - NÃO ENQUADRAMENTO NA PREVISÃO DO ART. 19 DO ADCT - CONTRATAÇÃO REALIZADA MENOS DE CINCO ANOS ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Como já assentado na decisão agravada, trata-se de ação envolvendo a Administração Pública e empregado admitido sem concurso menos de cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, em que não houve ingresso do trabalhador no serviço público, porque não subsumida na hipótese do art. 19 do ADCT, nem investidura regular em cargo público. A contratação de natureza celetista, que não é passível de conversão automática em relação estatutária, atrai a competência da Justiça do Trabalho. Ressalte-se que não se tratou, no caso, de contratação temporária de índole administrativa prevista em lei própria que configure desvirtuamento de regime jurídico ou de contratação sob regime estatutário. Obediência ao julgamento da ADIN nº 3395-6/DF. Agravo de instrumento desprovido. (Processo: AIRR - 306-66.2013.5.22.0004 Data de Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma,

Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

Desta forma, consoante acima exposto, o STF e o TST vêm sedimentando o entendimento de que a transmutação do regime celetista para o estatutário por Lei Municipal ou Estadual é ilegal. Com efeito, a existência de referidas leis não enseja a conversão automática do regime jurídico de celetista para estatutário de empregado contratado por ente da Administração Pública Direta, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que esta, em seu art. 37, II, impõe a observância de prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público.

Registro que este Regional também trilhou a mesma linha de posicionamento, conforme aresto abaixo transcrito:

REMESSA NECESSÁRIA. ÓRGÃO PÚBLICO. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE REGIME JURÍDICO CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO REGIME CELETISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A jurisprudência da Corte Maior Trabalhista vem se consolidando no sentido de inadmitir a conversão automática do regime jurídico celetista para o estatutário para os empregados de Município, contratados em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Este, inclusive, é o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, que, baseando-se no artigo 37, II da CF, fundamenta que a mudança de regime apenas seria admissível caso o trabalhador fosse aprovado em concurso público, o que não se coaduna com a hipótese dos autos. E, permanecendo a Empregada no regime jurídico celetista, não

há razão para afastar a competência desta Justiça Especializada para dirimir o conflito. Sentença mantida, neste aspecto. (Proc. nº. TRT. RO.0000159-39.2014.5.06.0331, 2ª T., Rel. Desª Eneida Melo Correia de Araújo, pub. 15/09/2014)

Na hipótese em análise, restou incontroverso que o reclamante prestou serviços ao Município do Recife, sem ter se submetido a concurso público, a partir de 1977. Assim, como o autor foi admitido pela municipalidade antes da CF de 1988, impossível a transmutação do regime celetista para o estatutário, na espécie. E visto que a contratação se deu nos termos da CLT, competente, pois, esta Justiça Especializada para conhecer e julgar o presente feito.

Afasto, portanto, a arguição de incompetência desta Justiça.

Todavia, como o Juízo a quo se averbou incompetente para apreciar e julgar o presente feito, com o fito de evitar supressão de instância, determino o retorno do processo à Vara de origem para apreciação e julgamento do mérito da ação.

Prejudicadas as alegações da recorrente no sentido de afastar a prescrição total ou parcial.

Item de recurso

Conclusão do recurso

Ante o exposto, preliminarmente e de ofício, não conheço do recurso quanto ao pleito de deferimento da Gratuidade da Justiça, por falta de interesse recursal. No mérito, dou provimento ao Recurso Ordinário para, reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho, determinar o retorno do processo à Vara de origem para apreciação e julgamento do mérito da ação.

ACÓRDÃO

Cabeçalho do acórdão

Acórdão

ACORDAM os membros integrantes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em tudo mantida a unanimidade, preliminarmente e de ofício, não conhecer do recurso quanto ao pleito de deferimento da Gratuidade da Justiça, por falta de interesse recursal. No mérito, dar provimento ao Recurso Ordinário para, reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho, determinar o retorno do processo à Vara de origem para apreciação e julgamento do mérito da ação.

PROC. Nº TRT - 0000198-25.2015.5.06.0000

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

RELATOR: DESEMBARGADOR DESIGNADO PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA

AGRAVANTE: WILSON SONS AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA.

AGRAVADA: DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NOS AUTOS DO MS-0000198-25.2015.5.06.0000

ADVOGADO: MARCELLO PRADO BADARO

EMENTA : AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A REINTEGRAÇÃO EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - REFORMA DO DESPACHO QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR FORMULADO NESTA AÇÃO PARA FINS DE REVOGAÇÃO DO ATO IMPUGNADO - PROVIMENTO. 1. Verificando-se dos elementos contidos no processo que a decisão que determinou - em sede de antecipação dos efeitos da tutela - a reintegração da reclamante/litisconsorte ao emprego foi proferida em 28.05.2015, ou seja, três dias antes do término do benefício previdenciário que garantia a sua estabilidade ao emprego, levando-se em conta, ainda, que a autoridade impetrada restringiu os efeitos desse pronunciamento judicial à duração do auxílio-doença concedido pelo INSS - de 30.03.2015 a 31.05.2015 -, há que se dar provimento ao agravo para revogar o despacho que indeferiu o pedido liminar formulado nesta ação mandamental. 2. Agravo regimental provido.

RELATÓRIO

Vistos etc.

Agravo Regimental interposto por WILSON SONS AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA., de decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0000198-25.2015.5.06.0000, impetrado contra ato praticado na Reclamação Trabalhista nº 0000504-43.2015.5.06.0016, ajuizada por ELIZÂNGELA CHRISTINA LIMA CAMPELO, através da qual foi indeferido o pedido liminar formulado nesta ação (ID 5470c5b).

Em suas razões (ID e8af572), a agravante alega, em resumo, que a determinação de reintegração da litisconsorte ao seu posto de trabalho, levada a efeito em sede de antecipação dos efeitos da tutela, não se reveste de plausibilidade, do que resulta a violação de seu direito líquido e certo, requerendo o provimento deste recurso para reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO:

I. DA QUESTÃO RECURSAL

O presente agravo investe, como dito, contra o despacho ID 5470c5b, através do qual, o então relator, Desembargador Paulo Alcântara, indeferiu o pedido liminar formulado na ação mandamental.

Aduz a agravante que a reintegração postulada pela reclamante/litisconsorte em razão da estabilidade que lhe foi conferida em decorrência da percepção de benefício previdenciário (auxílio-doença - código 31) e deferida, pela autoridade, mediante antecipação dos efeitos da tutela, constitui o próprio objeto da reclamação trabalhista, razão por que o comando judicial impugnado na ação mandamental ostenta caráter satisfativo.

Acresce, por outro lado, que a rescisão contratual foi operada em razão do encerramento das atividades da empregadora/impetrante na localidade da prestação dos serviços (Cidade do Recife), postulando, a final, o provimento do agravo para revogar a decisão que inderiu o pedido liminar formulado.

Tem razão a recorrente.

Na inicial da reclamatória (ID 016b3ff), diz a autora/litisconsorte que, no curso do aviso prévio, lhe foi concedido auxílio-doença pelo INSS, no período de 30.03.2015 a 31.05.2015, e que a

rescisão do contrato, efetivada em 5470c5b, ocorreu em detrimento da estabilidade que detinha em razão desse mesmo benefício.

Com base nessa argumentação, requereu, nessa peça incoativa, “a concessão da liminar e/ou tutela antecipada (ainda que em sentença), em face da impossibilidade de demissão pela comprovação do afastamento para tratamento de saúde, bem como pela estabilidade sindical com a reintegração da autora ao mesmo cargo que ocupava, sem restrição no acesso de suas atividades sindicais como dirigente liberada até o final do mandato, respeitando as mesmas funções, local de trabalho e remuneração, com a manutenção dos planos de saúde e odontológico e, em caso de não cumprimento, requer-se desde já na forma do artigo 461 do CPC, a aplicação de multa, a ser arbitrada ao prudente entendimento do juízo”.

Ao apreciar esse pedido, a autoridade dita coatora decidiu em um primeiro momento pelo seu indeferimento, para, posteriormente, em juízo de reconsideração, acolhê-lo (ID 63b6d79), fazendo-o à luz das diretrizes previstas na Súmula nº 129 do TST e sob o fundamento de que tendo “a autora entrado no gozo do auxílio-doença durante o curso do aviso prévio, ocorreu a suspensão do contrato de trabalho e, com isso, obistou-se a concretização da dispensa, a qual apenas poderia ocorrer depois de expirado o benefício previdenciário”, conferindo, por conseguinte, as vantagens consectárias.

Todavia, ao examinar os mesmos documentos nos quais se pautou a autoridade impetrada para emitir o entendimento em apreço, diferentemente vejo situação que não ampara esse provimento jurisdicional, nos termos impugnados neste “mandamus”.

Isto porque a decisão em apreço foi proferida em 28.05.2015, ou seja, três dias antes do término do aludido benefício (auxílio-doença - código 31), ali constando, ainda, a limitação da reintegração ao “tempo em que estiver em vigor o auxílio-doença”, que, como dito antes, perdurou apenas no período de 30.03.2015 a 31.05.2015.

Portanto, com base nesse conjunto de elementos, não vejo como manter a decisão agravada, que indeferiu o pedido liminar formulado neste writ, pois em data que antecede o ajuizamento desta ação mandamental, a condição que embasava o direito da litisconsorte quanto ao pretendido retorno ao emprego já havia se exaurido.

Com tais considerações, concluo que o presente agravo comporta provimento para o fim nele pretendido.

Item de recurso

Conclusão do recurso

2. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, provejo o agravo regimental para, reformando o despacho agravado, deferir o pedido liminar formulado na inicial da ação mandamental, no sentido de suspender os efeitos da decisão proferida pela autoridade coatora em sede de tutela antecipada, atinente à reintegração da litisconsorte ao seu posto de trabalho.

Item de recurso

Conclusão do recurso

Recurso da parte

Item de recurso

Conclusão do recurso

ACÓRDÃO

Cabeçalho do acórdão

ACORDAM os Senhores Desembargadores do Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, **por maioria, prover o agravo regimental para, reformando o despacho agravado, deferir o pedido liminar formulado na inicial da ação mandamental, no sentido de suspender os efeitos da decisão proferida pela autoridade coatora em sede de tutela antecipada, atinente à reintegração da litisconsorte ao seu posto de trabalho**, vencidos os Exmos. Desembargadores Relator, Ivan de Souza Valença Alves, Eneida Melo Correia de Araújo, Sérgio Torres Teixeira e Juízas Convocadas Maria das Graças de Arruda França e Roberta Corrêa de Araujo Monteiro que negavam provimento ao recurso. Sem custas, “ex vi legis”.

Recife (PE), 08 de setembro de 2015.

PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA

Desembargador Relator

Súmulas do TRT6

SÚMULA Nº 01

SUCESÃO TRABALHISTA - ALIENAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO PROER - PROGRAMA DE APOIO À REESTRUTURAÇÃO E AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO - CARACTERIZAÇÃO (REQUISITOS)

Nas alienações de estabelecimentos bancários decorrentes da execução do PROER - Programa de Apoio à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema financeiro, caracteriza-se sucessão trabalhista (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho) mesmo nas hipóteses em que o bancário não tenha prestado trabalho ao sucessor, sendo, outrossim, irrelevante a tal configuração o fato de a instituição sucedida não ter sido extinta, ou seja, de estar submetida a regime de liquidação extrajudicial.

*RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000 - 3ª PUBL. DOE-PE:
22/07/2000*

SÚMULA Nº 02

BANCÁRIO - CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS À DATA DA ADMISSÃO - EXEGESE DOS ARTIGOS 224 E 225 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento).

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000 - 3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000

SÚMULA Nº 03

DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO DE REPOUSOS SEMANAIS - NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO - MATÉRIA DISCIPLINADA PELO ARTIGO 10 DO REGULAMENTO APROVADO PELO DECRETO Nº 27.048, de 12 DE AGOSTO DE 1949

As diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes de horas extras, implicam o direito à complementação do pagamento de aviso prévio indenizado, férias, gratificação natalina e depósitos de fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS, em razão da natureza salarial definida pelo artigo 10, caput, do regulamento aprovado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949”.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000 - 3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000

SÚMULA Nº 04

JUROS DE MORA - DEPÓSITO EM GARANTIA DO JUÍZO - EXEGESE DO ARTIGO 39, § 1º, DA LEI 8.177/91 - RESPONSABILIDADE

DA PARTE EXECUTADA

Independentemente da existência de depósito em conta, à ordem do Juízo, para efeito de garantia, de modo a possibilitar o ingresso de embargos à execução e a praticar atos processuais subsequentes, os juros de mora - que são de responsabilidade da parte executada - devem ser calculados até a data da efetiva disponibilidade do crédito ao exequente.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 04/2001 - 3ª PUBL. DOE-PE: 22/06/2001

SÚMULA Nº 05

(Cancelado pela RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 003/2003 DOE/PE: 25.02.03)

CUSTAS PROCESSUAIS – PAGAMENTO – IMPOSIÇÃO À PARTE VENCIDA EM JULGAMENTO DE AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – IMPOSSIBILIDADE

Tratando-se de espécie de tributo cuja exigência depende de previsão legal, e havendo os artigos 702, inciso I, alínea “g”, e 789, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho sido revogados pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 116.208-2, de que foi relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves -, não há possibilidade de o magistrado trabalhista, em julgamento de ação de embargos de terceiro, condenar a parte vencida ao pagamento de custas processuais.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 19/2001 - 3ª PUBL. DOE-PE: 22/12/2001

SÚMULA Nº 06

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS – PRESCRIÇÃO

Durante a vigência do contrato de trabalho e até dois anos após a sua extinção, é trintenária a prescrição do direito de reclamar a efetivação dos depósitos do FGTS, relativamente às parcelas de natureza salarial percebidas pelo empregado.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003 (DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 07

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO – INTEGRAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

Em consonância com o disposto no artigo 457 da CLT, a gratificação percebida habitualmente em razão do exercício de função tem natureza salarial e, por conseqüência, integra a base de cálculo das horas extras prestadas.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003 (DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 08

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL – QUITAÇÃO EM PARCELAS MENSALIS

Inclusão na base de cálculo para remuneração das horas extras. A parcela denominada gratificação semestral, quando paga mensalmente, possui natureza salarial, consoante diretriz traçada no artigo 457, § 1º da CLT, integrando a base de cálculo das horas extras.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003 (DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 09

TAXA ASSISTENCIAL – EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS – INEXIGIBILIDADE

É nula, por afrontar o princípio da liberdade sindical, a cláusula de instrumento normativo que obriga empregados não sindicalizados ao pagamento da taxa assistencial.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 14/2005 Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 10

MANDADO DE SEGURANÇA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BLOQUEIO DE CRÉDITO –

Mesmo que se processe em execução provisória, o ato judicial que determina o bloqueio de crédito não fere direito líquido e certo do devedor, considerando-se o disposto nos artigos 889 e 882 da CLT, bem como a ordem de gradação estabelecida pelo artigo 655 do CPC, e, ainda, o disposto no artigo 588, caput, inciso II e § 2º do CPC, acrescidos pela Lei nº 10.444/2002, superveniente à edição da Orientação Jurisprudencial nº 62 da SDI-II do TST.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 14/2005 Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 11

AÇÃO ANULATÓRIA – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Em consonância com o disposto no artigo 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público do Trabalho está legitimado para ajuizar ação anulatória envolvendo previsão contida em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo.² É da competência originária do Tribunal Regional do Trabalho o julgamento de ação anulatória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de desconstituir cláusula resultante de negociação coletiva, desde que as bases territoriais dos sindicatos convenientes ou acordantes não extrapolem a sua circunscrição.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 15/2005 Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 12

CONTRATO DE EMPREGO. ILICITUDE DO OBJETO. TRABALHO VINCULADO AO JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO PENAL. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS

Configurados os requisitos do contrato de emprego, não de ser assegurados ao trabalhador os direitos constitucionais por força dos princípios da dignidade humana, da irretroatividade da declaração das nulidades no âmbito do Direito do Trabalho e da primazia da realidade por tratar-se, o jogo do bicho, de atividade socialmente arraigada e tolerada pelo Poder Público.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 17/2008 - 3ª PUBL. DOE/PE: 28/01/2009

SÚMULA Nº 13

EMPREGADO PÚBLICO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. ÍNDICE DE REAJUSTE

Ao empregado público, que adquiriu o direito à incorporação de gratificação pelo exercício de função comissionada, em razão do princípio da estabilidade financeira, assegura-se o reajuste salarial geral, mas não a vinculação aos mesmos índices e critérios de revisão aplicados à remuneração dos cargos e funções comissionados.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 17/2009 - 3ª PUBL. DOE/PE: 28/08/2009

SÚMULA Nº 14

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MOMENTO DE INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA.

A hipótese de incidência da contribuição social prevista no artigo 195, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil ocorre quando há o pagamento ou o crédito dos rendimentos de natureza salarial decorrentes do título judicial trabalhista, razão pela qual, a partir daí, conta-se o prazo legal para o seu recolhimento, após o que, em caso de inadimplência, computar-se-ão os acréscimos pertinentes a juros e multa mencionados na legislação ordinária aplicável a espécie.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 25/2009 - 3ª PUBL. DOE/PE: 02/10/2009

SÚMULA Nº 15

HORAS DE PERCURSO. SUPRESSÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE

É inválida a cláusula de instrumento coletivo que suprime direito à remuneração das horas de percurso (artigo 58, § 2º da CLT). RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 12/2011 - 3ª divulgação no DEJT em 21/11/2011

() Republicada por haver saído com incorreção.*

SÚMULA Nº 16

URB. PAGAMENTO DE QUINQUÊNIOS. SUPRESSÃO. LEGALIDADE DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL

A supressão do pagamento de quinquênios aos empregados da Empresa de Urbanização do Recife (URB), decorrente da revogação de dispositivo de lei municipal, mediante a incorporação dos valores até então pagos como vantagem pessoal nominalmente identificável, não configura alteração contratual ilegal.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 12/2011 - 3ª divulgação no DEJT em 21/11/2011

() Republicada por haver saído com incorreção.*

SÚMULA Nº 17

AGRAVO DE PETIÇÃO – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 897, § 1º, DA CLT

A exigência da delimitação justificada dos valores impugnados (artigo 897, § 1º, da CLT) dirige-se apenas ao

executado, não se aplicando ao exequente, por ter como objetivo viabilizar a execução imediata da parte remanescente”.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 15/2011 - 3ª divulgação no DEJT EM 18/11/2011

SÚMULA Nº 18

EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. “CALL CENTER”. ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO. ILICITUDE

A contratação de empregados por meio de empresa interposta, para prestação de serviços de “Call Center”, promovida por empresa de telecomunicação, é ilícita, por envolver atividade-fim e de caráter permanente, formando-se o contrato de trabalho diretamente com a contratante. Inaplicável à espécie a regra inserta no artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que autoriza a terceirização, apenas, nas atividades inerentes, acessórias ou complementares à finalidade do empreendimento econômico.

Publicada nos Diários Eletrônicos da Justiça do Trabalho em 13/11; 14/11 e 18/11/2013.

SÚMULA Nº 19

“É incabível mandado de segurança em face de decisão em exceção de pré-executividade.”

Publicada nos Diários Eletrônicos da Justiça do Trabalho em 26/02, 27/02 e 28/02/2014.

SÚMULA Nº 20

“Contra decisão que aprecia liminar em mandado de segurança, ajuizado em primeiro grau, cabe agravo de instrumento, previsto no artigo 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009, a ser interposto no juízo de origem.”

Publicada nos Diários Eletrônicos da Justiça do Trabalho em 26/02, 27/02 e 28/02/2014.