

---

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
ASSOCIAÇÃO DOS  
MAGISTRADOS  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

**ANO 5 • Nº 10**

**ISSN 2358-0038**

**2º SEMESTRE • 2017**



**HOMENAGEM A MARIA ALEXANDRA KOWALSKI MOTTA**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani  
Diretor Cultural Ajunto da AMATRA-2, Juiz Xerxes Gusmão  
Diretora de Aposentados da AMATRA-2, Desembargadora Aposentada Maria Cristina Fisch

**Colaboração:** Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Associado Juiz Hécio Adorno Júnior

Ficha catalográfica:

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 5, -- n.10 – (2. sem. 2017) – . -- São Paulo, 2017-.

v. : 26cm

Semestral ISSN: 2358-0038

1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual Do Trabalho. I. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)

CDU 34:331(05)

**CARO(A) ASSOCIADO(A),**

Com muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 10ª (décima) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem à nossa querida Associada Maria Alexandra Kowalski Motta, que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços

**FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA**  
Presidente da AMATRA-2



**AMATRA-2**  
Associação dos Magistrados  
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

**Conselho Editorial:**

**Fábio Ribeiro da Rocha** Presidente  
**Marcelo Azevedo Chamone** Vice-Presidente  
**Fábio Moterani** Diretor Cultural  
**Juiz Xerxes Gusmão** Diretor Cultural  
**Patricia Almeida Ramos** Diretora de Prerrogativas  
**Maria Cristina Fisch** Diretora de Aposentados  
**Hélcio Luiz Adorno Júnior** Associado

**EXPEDIENTE**

**Diretoria Executiva:**

Presidente **Fábio Ribeiro Da Rocha**  
Vice-Presidente **Marcelo Azevedo Chamone**  
Diretor Secretário **Leonardo Grizagoridis Da Silva**  
Diretora Financeiro e De Patrimônio **Cristina Ottoni Valero**  
Diretoria Cultural

**Fábio Moterani**

**Xerxes Gusmão**

Diretoria Social

**Isabel Cristina Quadros Romeo**

**Tatiana Agda Júlia Elenice Helena Beloti Maranesi Arroyo**

**Beatriz Fedrizzi Bernardon**

Diretoria De Benefícios

**Valéria Nicolau Sanchez**

**Lávia Lacerda Menendez**

Comissão Disciplinar e de Prerrogativas

Desembargadores Titular: **Elza Eiko Mizuno**

Suplente: **Silvana Abramo Margherito Ariano**

Juizes Titulares Titular: **Patricia Almeida Ramos**

Juizes Substitutos Titular: **Katiussia Maria Paiva Machado**

Suplente: **Raquel Marcos Simões**

Diretoria De Esportes E Lazer

**Fredeco Monacci Cerutti**

**Jefferson Amaral Genta**

Diretoria De Aposentados

**Amador Paes De Almeida**

**Maria Alexandra Kowalski Motta**

**Ana Maria Contrucci Brito Silva**

**Maria Cristina Fisch**

Diretoria De Direitos Humanos

**Marcos Scalécio**

**Andre Eduardo Dorster Araújo**

Conselho Fiscal

Titulares

**Magda Cristina Muniz**

**Rodrigo Acuio**

**Renata Simões Loureiro Ferreira**

**Carlos Francisco Berardo**

**Juliana Eymi Nagase**

Comissão De Juizes Titulares E Substitutos

**Adriana Prado Lima**

**Rogéria Do Amaral**

**Maria Fernanda De Queiroz Da Silveira**

**Juliana Dejavite Dos Santos Pinheiro**

**Diana Marcondes Cesar Kambourakis**

**José Carlos Soares Castello Branco**

Diretoria De Assuntos Legislativos E Institucionais

**Laura Rodrigues Benda**

**Juliana Jamtchek Grosso**

Representante Do Foro Regional Da Zona Leste **Aparecida Maria De Santana**

Representante Da Circunscrição De Guarulhos **Flávio Antonio Camargo De Laet**

Representante Da Circunscrição De São Bernardo Do Campo **Cláudia Flora Scupino**

Representante Da Circunscrição Da Baixada Santista **Juliana Ferreira De Moraes Azevedo**

Representante Da Circunscrição De Osasco **Juliana Herek Valério**

**AMATRA-2**

Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar – Barra Funda - São Paulo - SP  
CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

**Arte:**

Ariana Assumpção  
ariana.assump@gmail.com

## SUMÁRIO

<b>HOMENAGEM A MARIA ALEXANDRA KOWALSKI MOTTA – Patricia Almeida Ramos</b> .....	7
<b>DOCTRINA</b> .....	8
NEM TUDO O QUE RELUZ É OURO: O § 3º DO ART. 840 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA DECISÃO DE MÉRITO NO NOVO CPC – <b>Elisa Maria Secco Andreoni</b> .....	8
NOVA DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A CRISE DE EFETIVIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS DA OIT – <b>Fábio Moterani</b> .....	14
LEI 13.367/2017 (REFORMA TRABALHISTA) DIREITO INTERTEMPORAL - GRATUIDADE JUDICIAL HONORÁRIOS PERICIAIS - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – <b>Fábio Ribeiro da Rocha</b> .....	16
OS NOVOS PARÂMETROS LEGAIS PARA O TRABALHO DOMÉSTICO BRASILEIRO – <b>Helcio Luiz Adorno Júnior e Marcele Carine dos Praseres Soares</b> .....	21
NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A NECESSÁRIA REFORMA SINDICAL – <b>Juliana Ferreira de Moraes Azevedo</b> .....	27
OS IMPACTOS DA TERCEIRIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DO TOMADOR DE SERVIÇOS – <b>Juliana Ferreira de Moraes Azevedo</b> .....	31
A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LOCAL DE TRABALHO E O PROCESSO DO MAIS-VALOR – <b>Laércio Lopes da Silva</b> .....	41
APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 467 DA CLT NO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO – <b>Laércio Lopes da Silva</b> .....	46
A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO EM INTERPRETAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – <b>Laércio Lopes da Silva</b> ...	48
HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO ARQUIVAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA? – <b>Rodrigo Acuio</b> ..	60
<b>JURISPRUDÊNCIA</b> .....	62

## MARIA ALEXANDRA KOWALSKI MOTTA

Nome pomposo ...

Cantado ao leo, é prontamente associado a importante casta ou ostentosa nobreza.

Maria Alexandra Kowalski Motta.

Nasceu com tudo para ser princesa.

Mas ela não queria o conforto e as certezas das convenções triviais.

Ela queria o mundo.

Natural de Lisboa, em Portugal, veio com toda família para o Brasil ao sete anos.

Não trocou sua Pátria de nascimento. Adicionou mais uma em seu coração,

fortificando o elo formado pelos nossos ancestrais. Afinal, o lar de cada um está na alma e não em um lugar fixo, previsível e determinado.

O Direito apareceu em sua vida por acaso, após longos anos de trabalho junto à iniciativa privada.

Formada pela Faculdade do Largo São Francisco, em toda sua carreira profissional nunca aceitou estar em posição acessória.

Sofreu na pele a discriminação por ser Mulher competente, batalhadora e idealista.

Jamais abaixou a cabeça.

Ingressou na Magistratura em 1979, tendo sido aprovada em primeiro lugar em Concurso Público. Nesta época, a Justiça do Trabalho era a única a permitir o ingresso de mulheres.

Foi Magistrada em várias cidades do interior de São Paulo, em Curitiba e em Cuiabá. Após dois anos como Juíza Substituta, foi promovida a Titular da Segunda Junta de Conciliação e Julgamento de Santos, até ter vaga para São Paulo, para onde foi removida.

Encerrou sua brilhante carreira em 1999, após 20 anos de muita dedicação ao Poder Judiciário, sempre com apoio irrisório de seu marido José.

Mas não parou para desfrutar as delícias do jubileamento.

Continua até hoje reivindicando por aquilo que acredita !

A AMATRA-2 se sente honrada por ter em seu quadro de diretores essa Mulher guerreira! No auge de sua melhor idade, ela luta ativa e incansavelmente por um futuro melhor para todos e em específico para o segmento dos Magistrados aposentados.

Devemos muito a essa Mulher inspiradora. Em um período conturbado e tormentoso, ela nos deu a mão, com toda sua doçura, alegria e atenção. Seremos eternamente gratos simplesmente pela sua presença em nossas vidas !

Num tempo em que a palavra empoderamento da Mulher ainda não tinha a força e a consistência de hoje, ela fazia e acontecia.

Numa época em que o gênero feminino estava associado aos afazeres domésticos, ela se constituiu e sempre se reinventou como Mulher, nunca precisando de palavras que a definissem.

Ela simplesmente FOI, É e SEMPRE SERÁ uma Mulher digna de nota e dos nossos mais efusivos aplausos !

Nossos sinceros agradecimentos, querida Alexandra, por ser quem você é!!

ELISA MARIA SECCO ANDREONI

Juíza Titular da 26ª Vara do Trabalho. Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Escola Judicial do TRT da 2ª Região em convênio com a UniFMU

## NEM TUDO O QUE RELUZ É OURO: O § 3º DO ART. 840 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA DECISÃO DE MÉRITO NO NOVO CPC

### RESUMO

O objeto desse artigo é analisar o novo art. 840, § 3º da CLT, que contraria inovações trazidas pelo CPC/2015, as quais objetivam a modernizar o direito processual pela valorização do acesso à justiça, dos direitos fundamentais e da prevalência das sentenças de mérito, enquanto o legislador trabalhista retrocede, com a redação dada à Lei 13.467/2017, ao ignorar a visão modernizadora do CPC atual.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the new article 840, § 3 of the CLT, that opposes CPC/15 innovations, which aim to modernize the procedural law by valuing the access to justice, the fundamental rights and the prevalence of sentences on the merit, while the labor legislature, through Law 13.467 / 2017, moves backwards by ignoring the modernizing view of the current CPC.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a apontar questões processuais que mostram que o legislador trabalhista, na edição da Lei 13.467/2017, não só agiu açodadamente como fechou os olhos para as alterações do novo Código de Processo Civil, cujo escopo é, justamente, modernizar o processo a fim de que a prestação jurisdicional atenda definitivamente aos anseios da sociedade. Ao contrário, o legislador trabalhista, na reforma processual, não se ateve aos princípios constitucionais que regem o processo, tanto civil, quanto do trabalho, não levou em conta o direito instrumentalizado pelo direito processual do trabalho, e nem as partes envolvidas na relação jurídica processual trabalhista. É o que procuraremos mostrar, sobretudo num comparativo entre o princípio da prevalência da decisão de mérito prevista em várias passagens do novo CPC e a redação dada ao art. 840, § 3º da CLT, pela Lei 13.467/2017.

Na definição de Manoel Antônio Teixeira Filho:

O processo, para além de ser um método de solução de conflitos intersubjetivos de interesses, tendo como objeto um bem ou uma utilidade da vida, ou seja, de consistir num instrumento de efetividade do direito material – conquanto, em tese possa haver processo sem direito material – traduz-se num importante mecanismo a serviço do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, caput).<sup>1</sup>

Resta claro, portanto, que o processo tem como objetivo principal a pacificação social, através da solução e conflitos intersubjetivos, como importante mecanismo a serviço do Estado Democrático de Direito. Não é diferente do que ocorre no Processo do Trabalho. Nesta seara, o processo é instrumento de efetivação do direito material do trabalho, direito este cujos princípios que mais saltam aos olhos são justamente o princípio protetor e da irrenunciabilidade de direitos.

Assim, o Direito Processual do Trabalho, ao instrumentalizar o Direito do Trabalho, tem o dever de ser sensível à realidade do jurisdicionado trabalhista, não virando as costas para os clamores da sociedade, o que demonstraremos ter ocorrido com a Lei 13.467/17.

### 2. O NOVO PROCESSO CIVIL – UM OLHAR PARA A SOCIEDADE

O novo processo civil foi elaborado com objetivos preestabelecidos, eis que concebido com a finalidade de dar leveza ao trâmite processual, buscando uma prestação jurisdicional mais célere, simples e efetiva, para ir ao encontro do principal interesse do jurisdicionado que é ver seu conflito resolvido definitivamente. Assim, a Lei 13.105/2015 trouxe várias inovações, não previstas no ordenamento processual anterior, ou previstas parcialmente, com o fim de modernizar o processo civil.

Vários anos de discussão foram necessários até a conversão do Anteprojeto do novo CPC no PLs N. 166/2010, sendo que a elaboração do Anteprojeto foi feita por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, o que demonstra que as modificações trazidas pelo novo CPC foram amplamente discutidas entre juristas e a sociedade.

Iniciaremos nossa menção ao novo CPC pelo seu art. 1º. O novo Código de Processo Civil, que optou por fazer expressa referência à submissão do texto legal à Constituição Federal. Em que pese o fato de muitos juristas entenderem que a norma contida no art. 1º é desnecessária, eis que toda a legislação pátria está sujeita à conformidade com a Constituição Federal, não nos parece exagerado que a Lei 13.105/2015 lembre a todo e qualquer operador do direito que não só às normas da Constituição Federal o novo CPC está ordenado, disciplinado e deverá ser interpretado, mas também aos valores nela previstos.

Assim, não é demais dizer que o novo processo civil tem uma feição constitucional. Nelson Nery assim observa ao comentar o art. 1º do Novo CPC:

“Antes de o processo civil ser ordenado pelo texto normativo do CPC, como preconiza o texto comentado, o processo deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), confirmam a democracia e resguardam direitos fundamentais dos cidadãos e de toda pessoa (CF 5º) e permitem a existência de sociedade civil livre e organizada. Isso porque, sendo a CF a ordem fundamental que dá direção ao ordenamento jurídico, nada mais natural que o processo civil se submeta a todos as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que lhe é próprio, de pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na República, pelo exercício legítimo do Poder Jurisdicional do Estado.”<sup>2</sup>

Nem é preciso dizer que os valores que informam o processo civil são os mesmos previstos para as relações de trabalho e o direito material que rege essas relações, o que parece que foi esquecido pelo legislador na feitura da Lei 13.467/2017. O novo processo leva em conta os valores constitucionais, lembrando-se que a Constituição Federal de 1988 é também conhecida como Constituição Cidadã, tanto é que o novo CPC repete esses valores dos art. 3º a 11, ao prever que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão da direito (art. 3º); duração razoável do processo (art. 4º e art. 6º); princípio da isonomia (art. 7º); dignidade de pessoa humana, legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º); princípio do contraditório (art. 9º e art. 10); princípio da publicidade e das decisões fundamentadas (art. 11).

A menção a tais dispositivos é justamente para mostrar que o legislador fez questão de constar da própria norma infraconstitucional a observância desses princípios que são justamente os que fundamentam a República Federativa do Brasil. E não poderia ser diferente. O legislador tem o dever de editar normas para dar guarida aos direitos fundamentais e o novo CPC manteve a preocupação, sobretudo, com relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, conforme se observa de seu art. 1º.

Se o Estado tem o dever de editar tais normas para dar proteção aos direitos fundamentais, é pouco mais do que evidente que ele não se exime da sua responsabilidade ao proclamá-las, uma vez que é natural a possibilidade de elas serem transgredidas. Isso significa que o Estado, além de ter de editar normas proibindo condutas contrárias aos direitos fundamentais, não pode se eximir da obrigação de instituir regras procedimentais instituintes de técnicas capazes de permitir a atuação efetiva e tempestiva do desejo dessas normas (por exemplo, regras procedimentais que viabilizem a tutela inibitória e a tu-

tela de remoção do ilícito). Nesse sentido se pode falar em normas de proteção de direitos material e em normas de proteção de direitos processual, ou, mais precisamente, normas processuais destinadas a dar atuação ao desejo de proteção das normas de direito material. Enfim, importa ser claro para a circunstância de que o Estado tem o dever de editar normas materiais e procedimentais para a proteção dos direitos fundamentais.<sup>3</sup>

Veja-se que, ainda que os direitos fundamentais tenham sido valorizados na Constituição Cidadã, no novo código foi enaltecida sua importância, considerando-se que “**Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões**”.<sup>4</sup> Portanto, pode-se concluir que o objetivo do novo processo civil não foi apenas a celeridade, mas também o de possibilitar aos litigantes uma trajetória humana, digna, rápida eficiente e com paridade de armas.

O que não se dirá, então, das relações entre empregado e empregador e das relações de trabalho? Neste campo, mais ainda se mostra a necessidade de um Estado que edite normas de proteção aos direitos fundamentais, considerando o valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, sobretudo pelo fato de que na relação jurídica trabalhista, as partes, em regra não se encontram em condição de igualdade.

O art. 15 do novo CPC preleciona que “**Na ausência de normas que regulem processo eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente**”.

Várias discussões foram suscitadas a esse respeito, na medida em que ao prever aplicação supletiva e subsidiária, está-se diante de um enigma sintático<sup>5</sup>, eis que a aplicação supletiva ocorreria quando houvesse norma expressa na CLT, mas insuficiente para alcançar, com eficiência os seus objetivos práticos; e subsidiária se verificaria nos casos de omissão da CLT, quando o CPC teria a finalidade de suprir a lacuna<sup>6</sup>.

De qualquer sorte, o que temos é que o processo do novo CPC tem aplicação ao processo do trabalho seja de forma supletiva ou subsidiária.

E no caso do nosso estudo, sobretudo em se considerando as alterações processuais contidas na Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e a inépcia do legislador, é de relevante importância lembrar-se das três espécies de lacunas, conforme ensina Maria Helena Diniz, citada por Manuel Antônio

1. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n.*

13.105, 16 de março de 2015) – São Paulo: LTr, 2015, pg. 20.

2. NERI JR., Nelson e Rosa Maria Andrade Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pag. 185.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 239.

4. ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 132.

5. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)* – São Paulo: LTr, 2015, pg. 46.

6. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)* – São Paulo: LTr, 2015, pg. 46.

Teixeira Filho, que trata das lacunas normativas, ontológicas e axiológicas<sup>7</sup>.

Para Maria Helena Diniz (As lacunas do direito. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.p.68/70 e 95), podem existir três espécies de lacunas na lei, a saber: a) normativa, caracterizada por inexistência de norma; b) ontológica, em que a norma existe, mas está ultrapassada, desatualizada diante dos fatos sociais; c) axiológica, em que a norma existe, mas se revela injusta e insatisfatória.

Sobre a questão das lacunas retornaremos oportunamente, ao demonstrarmos os equívocos do legislador em matéria processual na Lei 13.467/2017.

### 3. A IMPORTÂNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO NO NOVO PROCESSO CIVIL

Objetivando a um processo mais célere e eficiente, o novo CPC, na linha do anterior, continuou na valorização do princípio da instrumentalidade das formas. Não só isso valorizou a decisão de mérito, deixando evidente que o magistrado deve, sempre que possível, proferir sentença de mérito. Isso dá ao processo a eficácia desejada por toda a sociedade, ou seja, a sentença definitiva é o objetivo principal deste novo processo, o que vai mais uma vez ao encontro dos anseios da sociedade, isso, por óbvio, quando não se alcança a conciliação que é a exteriorização do processo bem sucedido.

A preocupação do legislador com a prevalência de decisão do mérito pode ser encontrada nos seguintes artigos do Código:

- Art. 4º, As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa;
- Art. 317, Antes de proferir decisão sem resolução do mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício;
- Art. 322, O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado;
- Art. 355, O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença de mérito quando, por fim, com base no princípio da instrumentalidade das formas dispõe no art. 488, que Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

Extrai-se, portanto, da leitura dos artigos mencionados que sempre que o juiz puder, deve decidir o processo no mérito,

7. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)* – São Paulo: LTr, 2015, pg. 46.

seja abrindo prazo para a parte regularizar o vício que atinge a petição inicial, seja para julgar no mérito em favor da parte a quem aproveitaria o pronunciamento nos termos do art. 485 do CPC, ou seja, nas hipóteses de extinção sem resolução do mérito.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves trata da preferência pela resolução do mérito dada pelo novo código, quando possível. Segundo suas palavras:

O processo terá alcançado sua finalidade principal se o juiz puder resolver o mérito, proferindo seja sentença de acolhimento ou rejeição da pretensão posta em juízo, seja qualquer outra das sentenças previstas no art. 487. Nesse caso, a sentença será definitiva e terá força de coisa julgada material. O processo que tiver de ser extinto sem resolução do mérito, nas hipóteses do art. 485, não terá atingido a sua finalidade última. A sentença será meramente terminativa, sem força de coisa julgada material.<sup>8</sup>

A importância da sentença de mérito está justamente na força de coisa julgada que ela terá, do contrário, não se estabilizam as relações jurídicas, causando insegurança às partes.

Ao abordar a importância dos efeitos da coisa julgada material, consequência da decisão de mérito, Marinoni assim trata do tema:

A Constituição refere que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Ao dizê-lo, expressamente se optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica mediante a instituição de uma regra de proteção à coisa julgada. Por expressa disposição constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo. Isso significa basicamente que a coisa julgada – entendida como “autoridade que torna imutável a indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, art. 502 – constitui uma clara opção da Constituição brasileira a favor a estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio<sup>9</sup>.

### 4. A INÉPCIA DO LEGISLADOR NA REFORMA TRABALHISTA

Diferentemente do que ocorreu com o novo Processo Civil (o qual não ficou infenso a críticas, ressalte-se), a Reforma Trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017 foi editada de forma açodada, sob a desculpa de uma urgência inexplicável, sob o ponto de vista jurídico, e contrariando a majoritária jurisprudência do TST. Passou por cima de direitos fundamentais, sem discussão pelas camadas da sociedade interessadas,

8. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil: volume 2 Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, pag. 99.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Vol. II, pag. 668.

como sindicatos, associações e juristas de peso. Daí porque chegou alterando mais de duzentos dispositivos, sem levar em consideração conceitos e princípios mínimos de Direito do Trabalho, Direito Constitucional e porque não dizer de Direitos Humanos.

Conforme bem exposto na introdução de sua obra sobre a Reforma Trabalhista, Francisco Meton Marques de Lima, assim expõe ao fazer a introdução de seu livro **Reforma Trabalhista – Entenda ponto a ponto**:

A verdadeira mudança que a Lei da Reforma almeja é a ideológica, sob dois eixos: a) encurtar o manto protetor do Estado sobre o Trabalhador; b) dar leveza às relações de trabalho, com as facilidades de negociação direta entre patrões e empregados em um primeiro passo, em outro passo facultando a negociação dos direitos da categoria pelo sindicato. Em seu conjunto, a lei é ostensivamente patronal e padece de falta de legitimidade, visto que levada a efeito por um Governo precário, com índice de popularidade abaixo de 10%, além de investigado nas operações Lava Jato e JBS<sup>10</sup>.

Não resta dúvida de que o viés político da reforma foi atender aos interesses de determinada parcela da sociedade, empresários, empregadores, com o fim de minimizar o papel também do Poder Judiciário Trabalhista.

Acontece que a Justiça do Trabalho sairá mais enaltecida após a malfada Lei 13.467/2017, eis que obrigou os operadores do Direito do Trabalho a voltar os olhos para os princípios e valores constitucionais e de direito do trabalho, na interpretação da norma.

Assim, não é porque o legislador diz que jabuticaba é uva, que jabuticaba se transformará em uva... Uma determinada norma não pode ter aplicação, quando desconsidera os princípios informadores do sistema no qual está inserida.

E é o que procuraremos mostrar com a análise do disposto no art. 840 da CLT, sobretudo, considerando a previsão contida em seu § 3º.

Assim dispõe a redação do novo art. 840 da CLT.  
Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal

- §1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.
- § 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1 deste artigo.
- § 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1 deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.

10. LIMA, Francisco Meton Marques de e LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. *Reforma Trabalhista: Entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2017, pg. 9.

A começar, não podemos deixar de considerar que Lei 13.467/2017 manteve como requisitos da petição inicial trabalhista apresentação de breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio e o pedido, ou seja, manteve a simplicidade da petição inicial trabalhista, o que não poderia deixar de ser até porque o legislador nada alterou relativamente ao *jus postulandi*.

No entanto, para surpresa da comunidade jurídica, previu que a ausência dos requisitos previstos no art. 840, §1º da CLT, importa em extinção dos pedidos sem resolução do mérito.

Ora, não há dúvida de que a intenção do legislador foi a de diminuir as lides trabalhistas, com se fosse aceitável, quanto a lesão a direitos se perpetuam.

O processo do trabalho tem em como um dos princípios informadores, o princípio da simplicidade. Nesse contexto em tempos não muito remotos, o processo civil valeu-se das técnicas processuais trabalhistas para incorporá-las, por se mostrar mais eficiente para o fim do processo que é pacificação social.

Agora, contrariamente, através da Lei 13.467/2017, o legislador simplesmente fechou os olhos para os princípios constitucionais, os quais fundamentam o processo civil e muito mais o processo do trabalho, em face do direito que instrumentaliza, para editar norma com um rigor não previsto sequer para as relações civis, em que as partes atuam em situação de igualdade.

Mostra-se um contrassenso o novo CPC prever diversas situações em que prevalece o julgamento do mérito, permitindo que a parte seja intimada para regularizar eventual vício, e o legislador trabalhista determine que os pedidos, que não observam os requisitos do § 1º do ar. 840 da CLT, sejam extintos sem resolução do mérito.

Entendemos que esta norma não terá qualquer aplicação ao processo do trabalho, eis que sem dúvida o operador do direito se valerá das normas processuais civis, ainda que inexistente a omissão.

Vemos aqui a situação da aplicação do CPC, por lacuna axiológica, na medida em que a norma existe, ou seja, a CLT não é omissa, mas se mostra injusta e insatisfatória, nas palavras de Maria Helen Diniz.

O processo do trabalho regula relações em que as partes não se encontram em situação de igualdade, o que impõe ao legislador a sensibilidade de editar normas processuais que observem os princípios e valores constitucionais.

Pela redação do art. 840, § 3º, o processo não atinge sua finalidade. O princípio da instrumentalidade das formas, perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, foi relegado à inexistência, as normas e princípios constitucionais de acesso à justiça não foram levados em conta, como se o Processo do Trabalho não estivesse, assim como o Processo Civil, ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, e, ainda, como se não se tratasse de ciência autônoma com princípios e valores que o fundamenta.

Assim, conforme já demonstrado, as normas processuais civis prestigiam a decisão de mérito, na medida em que sempre que o juiz puder, deve decidir a lide no mérito e quando não

pude, deverá abrir prazo às partes para regularização do vício.

No Processo do Trabalho, do mesmo modo, a decisão de mérito tem como consequência os efeitos da coisa julgada material que propicia a segurança jurídica, que é o bem maior da jurisdição.

O Processo do Trabalho sempre teve sua coerência própria, pautando-se por ter em conta a natureza das lides, cujos direito material instrumentaliza. Conforme já exposto o Direito do Trabalho é o que mais se aproxima dos valores e princípios constitucionais, tendo como princípios o da proteção e da irrenunciabilidade de direitos, entre outros.

Não poderia o legislador, portanto, impor uma norma tão injusta ao demandante trabalhista, o que mostra a intenção de diminuir as reclamações trabalhistas, como se os direitos deixassem de ser sonegados, pela simples extinção dos pedidos sem resolução do mérito. Ora se o direito material é indisponível, o processo é imprescindível.

Ao tratar de procedimento e técnica processual no processo civil, Marinoni demonstra com clareza lapidar a relação entre as normas de direito processual e de direito material e a importância daquela na tutela de direitos desta.

Uma vez que o procedimento, para realmente permitir à jurisdição cumprir o seu dever e, assim, caracteriza o processo jurisdicional, deve ser adequado à tutela do direito e ao caso concreto, não há como deixar de relacioná-lo com as técnicas processuais. Como é óbvio, porém, aqui não se pretende elaborar um sistema neutro a partir da técnica. Ao contrário, o motivo de se ligar a técnica processual com as tutelas dos direitos é demonstrar que o processo não pode ser pensado de forma isolada ou neutral, pois só possui sentido quando puder atender às tutelas prometidas pelo direito material, para o que é imprescindível compreender a técnica processual a partir dos direitos fundamentais e da realidade do caso concreto. De modo que ao contrário das doutrinas e dos sistemas desprovidos de paixão pelo homem e pela vida e que procuram encontrar sustentação em conceitos abstratos que tanto são melhoras quanto mais “limpos e transparentes” – isto é, neutros –, não temos outra preocupação a não ser evidenciar a falácia da teoria processual clássica, que ignorava a própria razão de ser da jurisdição, da ação, da defesa e do processo. Isso porque, como é intuitivo, juntar-se a técnica processual com a tutela dos direitos se dá vida ao processo<sup>11</sup>.

Importa, portanto, evidenciar, que o legislador trabalhista deixou de lado qualquer técnica, sobretudo as que remetem aos princípios e normas de direitos fundamentais, que como dito anteriormente, pertencem à categoria de direitos que visam a proteger a dignidade da pessoa humana e, no caso, trabalhista a dignidade da pessoa humana do trabalhador, em regra, hipossuficiente na relação jurídica material e processual.

Por fim, impõe-se ainda mencionar a abordagem de Mari-

none sobre a questão da tutela dos direitos fundamentais ao tratar da doutrina de Canaris, que muito interessa ao Processo do Trabalho, o que vai ao encontro da situação que vivenciaremos com a entrada em vigor da Lei 13.267/2017.

Canaris adverte que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o legislador a proteger um cidadão diante de outro. No caso de inexistência ou insuficiência dessa tutela, o juiz deve tomar essa circunstância em consideração, projetando o direito fundamental sobre as relações entre os sujeitos privados e, assim, conferindo a proteção prometida pelo direito fundamental, as esquecida pela lei. Assim, por exemplo, se o legislador não atuou de modo a proteger o empregado diante do empregador, quando tal era imperioso em face do direito fundamental, houve omissão de tutela ou violação do dever de proteção estatal, devendo o juiz atuar<sup>12</sup>.

Conclui-se, portanto, em face da lacuna axiológica do art. 840, § 3º da CLT, contrariando os princípios e normas que regem o Direito Processual do Trabalho, o princípio da prevalência das decisões de mérito, bem como deixando de tutelar direitos fundamentais, seja em nível processual ou material, cabe ao juiz atuar, negando eficácia à referida norma e determinando que a parte autora seja intimada para emendar ou aditar a petição inicial, quanto aos pedidos viciados, não os extinguindo de plano, até porque se no processo civil que é mais formal, não cabe extinção do processo sem resolução do mérito, antes de a parte ter oportunidade de sanar o vício, quanto mais no processo do trabalho, que tutela em sua grande maioria direitos fundamentais e que tem como uma dos princípios do da simplicidade.

Assim, o legislador não tem poder transformador de valores e princípios que informam uma ciência, no caso a do Direito Processual do Trabalho. Assim, “nem tudo o que reluz é outro”, ou seja, a reforma não fará brilhar o que não se coaduna com os princípios e direito fundamentais e com os princípios de direito e de processo do trabalho.

#### CONCLUSÃO

O processo tem como objetivo principal a pacificação social, através da solução e conflitos intersubjetivos, como importante mecanismo a serviço do Estado Democrático de Direito.

O novo processo civil foi elaborado com objetivos preestabelecidos, eis que concebido com a finalidade de dar leveza ao trâmite processual, buscando uma prestação jurisdicional mais célere, simples e efetiva, para ir ao encontro do principal interesse do jurisdicionado que é ver seu conflito resolvido definitivamente.

Leva em conta os valores constitucionais, lembrando-se que a Constituição Federal de 1988 é também conhecida como constituição cidadã, tanto é que o novo CPC repete esses valores dos art. 3º a 11, sendo que a menção a tais dispo-

sitivos é justamente para mostrar que o legislador fez questão de constar da própria norma infraconstitucional a observância desses princípios que são justamente os que fundamentam a República Federativa do Brasil.

Assim, objetivando a um processo mais célere e eficiente, o novo CPC, na linha do anterior, continuou a valorização do princípio da instrumentalidade das formas. Não só isso valorizou a decisão de mérito, deixando evidente que o magistrado deve, sempre que possível, proferir sentença de mérito.

No Processo do Trabalho, do mesmo modo, a decisão de mérito tem como consequência os efeitos da coisa julgada material que propicia a segurança jurídica, que é o bem maior da jurisdição.

A Reforma Trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017 foi editada de forma açodada, sob a desculpa de uma urgência inexplicável, sob o ponto de vista jurídico, e contrariando a majoritária jurisprudência do TST, passando por cima, inclusive dos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente. Dentre eles o acesso à Justiça eis que no art. 840, § 3º, prevê que a não observância dos requisitos contidos no art. 840, §1º da CLT, importa em extinção dos pedidos sem resolução do mérito, diferentemente do que ocorre no processo civil onde sempre deve ser oportunizada à parte a reparação do vício, a fim de que o juiz possa julgar o mérito da causa.

Assim, em face da lacuna axiológica do art. 840, § 3º da CLT, contrariando os princípios e normas que regem o Direito Processual do Trabalho, o princípio da prevalência das decisões de mérito, bem como deixando de tutelar direitos fundamentais, seja em nível processual, ou material, cabe ao juiz atuar, negando eficácia à referida norma, determina que a parte autora seja intimada para emendar ou aditar a petição inicial, quanto aos pedidos viciados, não os extinguindo de plano, até porque se no processo civil que é mais formal, não cabe extinção do processo sem resolução do mérito, antes de a parte ter oportunidade de sanar o vício, quanto mais no processo do trabalho, que tutela em sua grande maioria direitos fundamentais e que tem como uma dos mais importantes princípios informadores o da simplicidade.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 132.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: volume 2 Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de e LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. **Reforma Trabalhista: Entenda ponto a ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, volume 1 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, volume 1 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Vol. II, pag. 668.

NERI JR., Nelson e Rosa Maria Andrade Nery. **Comentários ao Código de Processo Civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)** – São Paulo: LTr, 2015.

11. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, volume 1 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Vol. I, pag. 461.

12. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, volume 1 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Vol. I, pag. 90.

FÁBIO MOTERANI

Juiz do Trabalho – TRT 2ª Região  
Especialista em Direito do Trabalho pela USP  
Diretor Cultural da Amatra 2 – biênio 2016/2018

**NOVA DIVISÃO INTERNACIONAL DO  
TRABALHO E A CRISE DE EFETIVIDADE DAS  
NORMAS INTERNACIONAIS DA OIT**

O encurtamento de distâncias com o advento de tecnologias associado ao fim da polarização do mundo entre dois grandes blocos fortalecendo o sistema capitalista de produção favoreceram o que se convencionou chamar de globalização.

A interconectividade é essencialmente econômica. A grande comunidade, concebida com noção de integração social, está em plano secundário ou meramente fantasioso.

Em seus efeitos, o sistema capitalista gera inevitáveis distanciamentos econômicos, gerando estamento social dentro das nações – ricos, pobres e miseráveis - e entre nações – capitalismo central e capitalismo periférico.

Eis o paradoxo: a globalização tem o pretexto de tornar o mundo uma aldeia global, encurtando distâncias, mas, ao mesmo tempo, mantém-se à distância de problemas sociais, especialmente no que se refere à desigualdade entre indivíduos e entre nações. O interesse é essencialmente de trocas comerciais – no sentido amplo – e nada mais.

Não se pretende a integração social; não desejam receber exilados; a guerra civil de determinado país é problema doméstico, exceto se alcançar o interesse econômico dos capitalistas dominantes.

A predominância das trocas mercantis em detrimento do valor humano é faceta mais evidente do processo de globalização.

Nesse cenário econômico além-fronteiras, permanece a mesma ordem de outrora, de trocas injustas e desiguais, a exemplo da relação colônia versus metrópole. Países em cenário de capitalismo periférico, entre os quais se encontra o Brasil, são fornecedores de mão de obra precarizante e barata, sustentando-se na economia da commodity. Na

América Latina, esse cenário é mais evidente. Exemplo como Bolívia, Brasil, Argentina, Colômbia e Chile, que dependem de seus recursos naturais e do agronegócio.

Sua economia é impactada por qualquer flutuação de preços dos insumos oferecidos, ao passo que nos países de capitalismo central não há essa mesma flutuação, porquanto fornecem bens e serviços pautados na tecnologia.

A venda de tecnologia está em nossas vidas: sinal televisivo via satélite, que também permite a comunicação telefônica, monitoramento aéreo, eletrodomésticos (fabricados no país, mas de tecnologia importada a alto custo) etc., tudo comprado na base da injusta troca insumos versus tecnologia. Por isso a expressão “periférico”.

Qual seria o interesse em alterar a ordem mundial se aqueles que estão no comando desse jogo são os que mais ga-

nam? Qual o interesse em tornar a América Latina desenvolvida a ponto de equilibrar melhor a balança entre insumos e serviços tecnológicos?

Por que não há prêmio nobel a cientistas latino-americanos? Falta de pesquisa, investimento, vontade política? A se pensar.

Da mesma forma que a **mobilidade social** em um sistema de estrutura capitalista de exclusão dentro de um país é de difícil ocorrência - a meritocracia é uma falácia quando grande percentual de seus habitantes não possui sequer alimentação suficiente para ser considerado saudável, não tem acesso a saneamento básico, saúde e, especialmente, educação capaz de se parer diante da pequena parcela abastada e assim assumir postos estratégicos na comunidade habitada -, entre as nações o cenário não é diferente. O estrangulamento econômico ocorre por simples especulação financeira. A vulnerabilidade a que estão inseridos os países periféricos sufoca seu potencial, permanece estagnado, sem avanço, sob pena de sofrerem o que a autora canadense Naomi Klein chamou de doutrina do choque.

O contexto acima pode ser muito bem visualizado em países como Brasil, Índia, Rússia, China e África do Sul. Países integrantes dessa ordem social e econômica vigente: de altos, médios e baixos.

Os efeitos são evidentes na forma de organização de trabalho: em países centrais, o trabalho é mais bem remunerado, intelectualizado e menos precarizante; nos países periféricos, mão de obra barata, terceirizada, precarizada e em sua maioria manual.

Na cadeia globalizante, surgem empresas igualmente globalizadas. Usando de analogia, essas empresas são como o corpo humano cuja cabeça está nos EUA ou na Europa, membros superiores em países periféricos com algum avanço e os membros inferiores naqueles países de condições de vida precária em que ter um emprego evita a morte ainda mais precoce.

São as empresas em rede, ou fábricas mundiais. Estruturadas para que haja escalonamento qualitativo na troca capital e trabalho. Os membros superiores e inferiores fabricam em troca de salário hora ínfimo, consomem os mesmos produtos fabricados, porém, em evidente troca desigual, porque no valor do produto adquirido, além do valor de sua hora de trabalho, está imbuído o lucro da cabeça nos EUA ou na Europa

Nos EUA ou na Europa estão os acionistas e seu corpo de delegatários, executivos ou, quando muito, empregados de colarinho branco, assumindo a exploração como forma de

vida social e moralmente justificada nos padrões de vida capitalista. Neste mundo, a amoralidade – e **não** imoralidade - é um norte.

Portanto, essa divisão internacional do trabalho pauta-se nos **processos e reterritorialização e desterritorialização da produção**, ou seja, transferência de plantas e unidades produtiva – busca de isenções fiscais e níveis rebaixados de remuneração da força de trabalho; reconfiguração do espaço e do tempo de produção. Mas se agrava no contexto da desigualdade se considerarmos as mudanças no plano da reorganização **sociotécnica da produção**.

A reorganização sociotécnica consiste na redução do número de trabalhadores, intensificação da jornada de trabalho, produção just-in-time, adaptação contínua.

O cenário sofre ainda mais abalo quando nos deparamos com o trabalho vivo sendo trocado pelo trabalho morto (tecnoinformacional), ou automação, a resultar uma massa de excluídos porquanto não há como sobreviver nessa aldeia global sem o poder de consumo, que a seu turno depende da troca – ainda que injusta – da mão de obra pelo sustento.

Citando Everaldo Gaspar L. Andrade, Márcio Túlio Viana, em seu livro “Para entender a terceirização”, 3ª edição, LTr, pág. 44, assevera

“sempre que podem, as empresas saem em busca de países mais baratos para as suas parcerias. Há alguns anos, por exemplo, a Nike observava que podia fabricar por US\$ 16, na Coreia, o mesmo tênis que nos EUA lhe custava perto de US\$ 100. Enquanto isso, a Alitalia saía em busca de pilotos australianos, a Sears se deslocava para Bangladesh, a Daimler-Benz passava a montar ônibus em Xangai e várias fábricas francesas ameaçavam mudar-se para a Escócia, caso a legislação continuasse rígida”.

O mesmo autor defende que esse cenário pode explicar, pelo menos em parte, a crise de efetividade das normas da OIT, que têm por finalidade estender aos trabalhadores de países menos desenvolvidos (subdesenvolvidos em verdade) proteção básica ao trabalhador e, ao mesmo tempo, evitar a concorrência desleal decorrente do dumping.

O desmembramento das fábricas pelo mundo otimiza o lucro, deterioriza a concorrência, pulveriza melhores condições de trabalho e, em consequência, acentua a miséria e desigualdade social intra e inter-nações. Para essas empresas, não há interesse na padronização internacional de condições de trabalho. Como tem prevalecido essa lógica, as empresas que ainda pretendem sobreviver seguem o mesmo caminho, transferindo-se para países periféricos seus membros, ao passo que sua cabeça permanece ativa no país de origem, captando lucros e emanando comandos cada vez mais agressivos para alcançar a abastança seletiva. O adoecimento dos trabalhadores não é problema deles. O país no qual estão alocadas deve arcar com o ônus da miserabilidade e do adoecimento social e econômico de seus nacionais.

Para ir mais longe, sugestão de leitura (básica): Ricardo Antunes, *Adeus ao trabalho* e *O caracol e sua concha*; Bauman, *Capitalismo Parasitário*; Ha Joon Chang, *Economia modo de*

usar; Márcio Túlio Viana, *Para entender a terceirização*; obras de Immanuel Wallerstein e Boaventura de Sousa Santos a respeito da globalização.

FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região  
 Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Pós-Graduado em Direito Constitucional pela PUC/SP  
 Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela FADISP  
 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP  
 Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região - AMATRA-2  
 Professor do Curso CETRAB (Centro de Ensino Trabalhista)

**LEI 13.367/2017 (REFORMA TRABALHISTA)  
 DIREITO INTERTEMPORAL - GRATUIDADE JUDICIAL  
 HONORÁRIOS PERICIAIS - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS**

- Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista);
- Gratuidade Judicial – artigo 790-A da CLT;
- Pagamento de honorários periciais – artigo 790-B da CLT;
- Pagamento de honorários sucumbenciais – artigo 791-A da CLT;
- Artigo 5º, LXXIV, CF/88;
- Artigo 5º, XXXV, CF/88; e
- Artigo 98 do CPC.

estrutura do Direito e Processo do Trabalho, rompendo com a história e principiologia da legislação trabalhista e normas constitucionais.

Nenhuma norma deve ser interpretada de modo a diminuir o patamar civilizatório mínimo já garantido a todos os cidadãos no que tange aos direitos fundamentais e proteção da dignidade humana.

Por todos esses efeitos, este artigo visa apontar as principais mudanças previstas pela Lei n.º 13.467/2017 atinentes ao benefício da gratuidade judicial e ao pagamento de custas, honorários periciais e honorários sucumbenciais.

**B. DIREITO INTERTEMPORAL – PROCESSO DO TRABALHO**

De acordo com o artigo 8º da Lei Complementar n.º 95/98, a Lei n.º 13.467/2017, que envolve aspectos de direito processual e material, entrará em vigor em 11 de novembro de 2017, considerando-se o prazo de *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias estabelecido no artigo 6º da lei da Reforma Trabalhista.

Ressaltamos que se o prazo de *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias restou bastante reduzido, dificultando muito a adaptação dos operadores do direito. Diante das enormes modificações que uma nova legislação ocasiona, correto foi o prazo de 1 (um) ano para o início da vigência das alterações do Código Civil e Código de Processo Civil.

Em princípio, de acordo com a teoria do isolamento dos autos processuais, consoante se verifica da leitura do artigo 14 do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho em razão do artigo 769 da CLT c/c artigo 15 do CPC, as normas processuais alteradas pela Lei n.º 13.467/2017 serão aplicadas aos processos em curso, respeitados os atos já praticados e as situações consolidadas sob a vigência da lei revogada.

Com relação às regras dos recursos trabalhistas, as exigências da Lei n.º 13.467/2017 serão aplicáveis levando-se em consideração à data da intimação da sentença ou da decisão que se pretende recorrer, ou seja, o direito ao recurso surge no dia da ciência da sucumbência e será regido pela legislação em vigor na data da intimação/publicação.

Entretanto, entendemos que ao tratar-se de normas processuais com efeitos materiais/substanciais, que geram responsabilidades patrimoniais, tais como pagamento de custas, honorários periciais e honorários sucumbenciais, a Lei n.º 13.467/2017 deverá ser aplicada para a reclamação trabalhis-

ta ajuizada a partir de 11.11.2017, uma vez que ao tempo do ajuizamento da ação o autor não poderia ser capaz de avaliar os riscos de um futuro insucesso agravado pela superveniência de lei, com prejuízo de ordem material imprevisível naquele momento.

Portanto, as mencionadas normas processuais com efeitos materiais devem ser aplicadas para a reclamação trabalhista ajuizada a partir de 11.11.2017, em respeito ao princípio da vedação da decisão surpresa (artigo 10 do CPC) e aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal.

**C. GRATUIDADE JUDICIAL – ARTIGO 790 - CLT**

Artigo 790 - Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei n.º 10.537, de 27.8.2002).

§ 1º - Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas. (Redação dada pela Lei n.º 10.537, de 27.8.2002).

§ 2º - No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título. (Redação dada pela Lei n.º 10.537, de 27.8.2002).

§ 3º - **É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (Redação dada pela Lei n.º 13467/2017).**

§ 4º - **O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (Redação dada pela Lei n.º 13467/2017).**

Justiça Gratuita é instituto de Direito Processual que garante isenções de pagamentos de custos do processo a todo aquele que não tiver condições econômicas e pode ser postulado tanto por autor como pelo réu.

O artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal estabelece como direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral pelo Estado Democrático de Direito aos que comprovarem insuficiência de recursos, rejeitando arbitrariedades.

Além disso, o benefício da justiça gratuita é elemento indispensável para o cumprimento do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Atualmente, o mecanismo de concessão do benefício da gratuidade judicial é estabelecido na Súmula 463 do Colendo

TST, que prevê o deferimento da assistência judiciária gratuita à pessoa natural mediante declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (artigo 105 do CPC) e, no caso de pessoa jurídica, a demonstração cabal de impossibilidade de arcar com as despesas do processo.

A Lei n.º 13.467/2017 manteve a regra pelo qual o benefício da justiça gratuita será concedido de forma facultativa pelos Magistrados do Trabalho de qualquer instância, a requerimento ou de ofício, inclusive quanto a traslados e instrumentos.

Entretanto, o legislador criou-se uma presunção de pobreza para a pessoa natural que receber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (o que em 2017 é o valor de R\$ 2.212,52). Nessa situação, o requerimento do benefício da gratuidade judicial seguirá o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 463, I, do C. TST.

Para a pessoa natural que perceber salário maior que 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social ou no caso de pessoa jurídica terão que comprovar a insuficiência de recursos para pagamento das custas do processo, não bastando a mera declaração de insuficiência financeira.

Frise-se: com a novada redação do artigo 790 da CLT, a Justiça Gratuita apenas pode ser deferida, sem qualquer formalidade e mediante declaração de pobreza, àqueles que ganharem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Nas demais hipóteses, o postulante deverá comprovar a situação de pobreza, juntando aos autos documentos comprobatórios de gastos com o aluguel, plano de saúde, notas de remédios, mensalidades escolares, entre outros elementos razoáveis.

Lembrando que para o empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.

A isenção do pagamento das custas e despesas processuais para as pessoas jurídicas não caracteriza novidade no processo do trabalho, na medida em que à União, aos Estados, o Distrito Federal, aos Municípios e às suas Fundações e Autarquias, já era garantida a prerrogativa da gratuidade, por força de previsão específica no Decreto-Lei n.º 779/69.

Custas processuais, que são despesas relativas ao expediente e movimentação das causas, não têm a natureza e tão pouco engloba os honorários sucumbenciais.

Ressaltamos que a gratuidade judicial não alcança os valores de depósito recursal para todos os litigantes nos processos trabalhistas na condição de réu.

Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente (artigo 90, § 2º, do CPC).

Por fim, a execução das custas processuais far-se-á nos próprios autos. Nos termos do artigo 789 da CLT, o legislador estabeleceu o limite máximo do valor das custas processuais em 4 (quatro) vezes o limite dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (o que em 2017 é o valor de R\$ 22.125,24).

*D. HONORÁRIOS PERICIAIS – ARTIGO 790 B - CLT*

**Artigo 790 B - A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.**

**§ 1º - Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.**

**§ 2º - O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.**

**§ 3º - O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.**

**§ 4º - Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.**

Como forma de não colocar obstáculo excessivo ao acesso à jurisdição, a Justiça do Trabalho garantia a isenção aos reclamantes sucumbentes no objeto de perícia quanto ao pagamento dos respectivos honorários ao perito que produziu o laudo. A responsabilidade ficava sempre com o Estado.

A Lei n.º 13.467/2017 estabeleceu que a parte sucumbente no objeto de perícia é responsável pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita, contrariando o entendimento jurisprudencial insculpido na Súmula 457 do C. TST.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho fixará os valores dos honorários periciais, com a clara finalidade de conter abusos de arbitramento.

Os honorários periciais podem ser parcelados (artigo 916 do CPC), mas o Juiz não poderá exigir o adiantamento de valores para a realização de perícias (artigo 790-B da CLT), os chamados honorários periciais prévios, conforme pacífico entendimento jurisprudencial consubstanciado na OJ 98 da SDI-II do C. TST.

Caso o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em Juízo créditos suficientes de suportar os honorários periciais, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. Frise-se: nesse caso, o perito não ficará aguardando por 2 (dois) anos o incremento de patrimônio do devedor, mas haverá quitação imediata pela União.

O artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê como direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos. Dessa forma, a atribuição de pagamento dos honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita afasta a garantia constitucional.

Ainda, constata-se de que a Lei n.º 13.467/2017 fere o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, CF/88), pois o legislador ordinário pretendeu instituir tratamento mais gravoso, restritivo e prejudicial ao demandante da Justiça do Trabalho do que o dispensado ao litigante da Justiça Comum, submetido às regras do CPC, uma vez.

O artigo 98, § 1º, do CPC, respeitando os direitos fundamentais de ampliação do acesso à justiça e da assistência

jurídica integral e gratuita aos necessitados, estabelece, através de um rol meramente exemplificativo, a isenção aos pagamentos de custas processuais e honorários periciais ao beneficiário da gratuidade judicial.

Nesse sentido, restou a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.766) ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República, uma vez que a limitação dos efeitos da gratuidade judicial reconhecida é uma tentativa de vedação ao acesso ao Poder Judiciário para os comprovadamente necessitados.

Ressaltamos que o benefício da gratuidade judicial não isenta/afasta o pagamento de multas processuais impostas (litigância de má-fé), nos termos do artigo 98, § 4º, do CPC, uma vez que tais penalidades visam impedir a procrastinação processual e a utilização abusiva do direito de demandar.

Em razão do princípio da especialidade, demandas judiciais promovidas sob a égide e o rito da Lei de Ação Civil Pública n.º 7.347/85 (artigo 17) e Código de Defesa do Consumidor (artigo 87), como é o caso também das Ações Civis Coletivas propostas por entidades sindicais e associados, deve prevalecer regramento específico de isenção para pagamento de custas, honorários periciais e quaisquer outras despesas, salvo comprovada má-fé da parte autora.

A isenção ao pagamento de honorários periciais ao beneficiário da gratuidade judicial é importante elemento para garantir o amplo acesso à jurisdição, o que não restou observado pelo Legislador.

*E. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – ARTIGO 791 A - CLT*

**Artigo 791 A - Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.**

**§ 1º - Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.**

**§ 2º - Ao fixar os honorários, o juízo observará:**

- I - o grau de zelo do profissional;**
- II - o lugar de prestação do serviço;**
- III - a natureza e a importância da causa;**
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.**

**§ 3º - Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.**

**§ 4º - Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em**

**julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.**

**§ 5º - São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.**

A atual complexidade do processo do trabalho resulta na necessidade de participação do advogado, uma vez que não haverá contraditório e ampla defesa válidos sem um profissional técnico para exercê-los. Ainda, com o advento do PJe, a contratação de advogado é indispensável na Justiça do Trabalho.

Sob a justificativa de não reprimir acesso ao Judiciário e seguindo-se a compreensão de dificuldades econômicas inerentes à condição de empregado litigante, não eram devidos os honorários advocatícios de sucumbência.

Entretanto, assim, como na legislação processual civil e prestigiando o princípio da isonomia no que tange à atuação do advogado em qualquer ramo do Poder Judiciário, a Lei n.º 13.467/2017 estabeleceu serem devidos os honorários de sucumbência, entre 5% e 15% sobre o valor de liquidação da sentença, sobre o proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa, excluindo o entendimento jurisprudencial consubstanciado nas Súmulas 219 e 329 do C. TST, que deverá ser revisado ou cancelado.

A base de cálculo será preferencialmente o valor da liquidação da sentença, de modo que a exata importância dos honorários sucumbenciais somente será conhecida ao final do processo.

No caso de improcedência ou extinção sem resolução do mérito da demanda, a base de cálculo dos honorários de sucumbência será o valor atribuído à causa. Lembramos que, no rol dos requisitos da petição inicial (artigo 840 da CLT), o valor atribuído à causa passa a ser requisito obrigatório, devendo estar em consonância com as pretensões autorais.

Nas demandas de natureza meramente declaratória ou constitutiva, bem como nas ações judiciais de natureza condenatória de obrigação de fazer ou não-fazer (baixa na carteira, entrega de documentos, retomadas de plano de saúde, entre outras), a base de cálculo dos honorários de sucumbência será o proveito econômico obtido pelo autor.

A Lei n.º 13.467/2017 não previu honorários sucumbenciais para a fase da execução trabalhista, como fez o artigo 85, § 1º, do CPC. Contudo, a regra poderá se aplicada com fundamento no artigo 769 da CLT c/c artigo 15 do CPC.

Entendemos aplicáveis as diretrizes insertas na OJ 348 da SDI-I do C. TST, que estabelece que a base de cálculo dos honorários sucumbenciais é o valor bruto da liquidação, sem o abatimento dos descontos previdenciários e fiscais.

Frise-se: Observa-se que a disciplina acerca dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho está totalmente modificada por meio da Lei n.º 13.467/2017: a condenação da parte em honorários sucumbenciais não só será devida, como seu percentual passa a ser fixado entre 5% e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito

econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, ainda que em lides que tenham a relação empregatícia como fundamento.

Todos os honorários sucumbenciais no processo do trabalho serão uniformizados pelo artigo 791-A da CLT, inclusive as demandas que envolvem entes públicos e assistência sindical, afastando a atual posição do C. TST que apenas a permite em lides fundadas em relações de trabalho não empregatícias e nas lides referentes à relação de emprego, sob as condições de haver representação por advogado do sindicato da categoria e benefício da justiça gratuita.

Ao fixar os honorários, o juiz observará o (i) grau de zelo do profissional; (ii) o lugar da prestação do serviço; (iii) a natureza e a importância da causa; e (iv) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Tais requisitos deverão constar na fundamentação do Magistrado do Trabalho ao fixar o percentual, que incidirá sobre a base de cálculo dos honorários sucumbenciais, de, no mínimo, 5% até, o máximo, de 15%.

São devidos mesmo quando o advogado atue em causa própria, quando a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, nas ações contra a Fazenda Pública e na reconvenção.

De acordo com o artigo 791-A, § 3º, da CLT, na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

Assim, quando a cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, as despesas serão proporcionalmente distribuídas entre eles, o que deve ser entendido no sentido de que cada parte será condenada ao pagamento de honorários de sucumbência consoante sua responsabilidade na geração respectiva e na quantidade de pretensões autorais deferidas/indeferidas em Juízo (proveito econômico), sendo que a base de cálculo será preferencialmente o valor da liquidação da sentença e sobre a importância total do título executivo incidirão os percentuais de 5% até 15%.

Destacamos que a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca.

A Lei n.º 13.467/2017 estabelece que o empregado que tiver pretensões não atendidas na Justiça do Trabalho deverá pagar os respectivos honorários de sucumbência à parte contrária, independentemente da concessão do benefício da justiça gratuita.

Tal regramento não ofende o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal prevê como direito fundamental a assistência judiciária gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos, pois a gratuidade judicial abrange custas e despesas processuais inerentes ao expediente e movimentação das causas que não têm a natureza e tão pouco engloba os honorários de sucumbência.

Ainda, constata-se de que a Lei n.º 13.467/2017, observando-se o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, CF/88), concedeu o mesmo tratamento ao litigante da Justiça Comum, submetido às regras do CPC. O artigo 98, § 2º, do CPC estabelece que a concessão de gratuidade judicial não

afasta a responsabilidade do beneficiário pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

Vencido o beneficiário da justiça gratuita e não tendo obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos suficientes para suportar o pagamento dos honorários de sucumbência, a cobrança ficará suspensa e somente poderá ser executada se, nos 2 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade judicial. Após esse tempo, a obrigação de pagamento será extinta.

Por fim, em razão do princípio da especialidade, demandas judiciais promovidas sob a égide e o rito da Lei de Ação Civil Pública n.º 7.347/85 (artigo 17) e Código de Defesa do Consumidor (artigo 87), como é o caso também das Ações Cíveis Coletivas propostas por entidades sindicais e associados, deve prevalecer regramento específico de isenção para pagamento de custas, honorários periciais, honorários de advogado e quaisquer outras despesas, salvo comprovada má-fé da parte autora.

Os dispositivos acima mencionados, devidamente inseridos em legislação que rege o microsistema processual coletivo da Ação Civil Pública, não podem ser desconsiderados pelo Judiciário Trabalhista, devendo ser afastada a parte do § 1º do artigo 791 – A da CLT, que estabelece a condenação de honorários de sucumbência nas ações em que a parte estiver substituída pelo sindicato de sua categoria.

Não há dúvidas que a medida tende a reprimir abusos ou pedidos de mínima probabilidade de êxito na petição inicial. Ainda, entendemos que os honorários de sucumbência e o instituto jurídico do *jus postulandi* podem coexistir no Processo do Trabalho, pois existem em todas as esferas do direito processual.

O artigo 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n.º 8.906/94) dispõe que os honorários advocatícios constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho.

#### F. CONCLUSÃO

A Lei n.º 13.467/2017 não deve ser analisada e aplicada de forma isolada, mas observando-se a Constituição Federal, Convenções Internacionais e a principiologia do Direito e Processo do Trabalho.

A Lei 13.467/2017 trouxe maior perspectiva de insegurança jurídica ao estabelecer elementos contrários aos princípios constitucionais e a história do Direito do Trabalho.

Concluímos que algumas disposições da Lei n.º 13.467/2017 afronta a Constituição Federal na medida em que atualiza o valor social do trabalho (artigo 1º), a valorização do trabalho (artigo 170), redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos (artigo 3º), direito ao meio ambiente de trabalho seguro (artigo 7º, XXII), direito à igualdade (artigo 5º) e o direito a existência digna.

#### G. BIBLIOGRAFIA

CASSAR, Vólia Bomfim e BORGES, Leonardo Dias, *Comentários à Reforma Trabalhista*, Rio de Janeiro, Editora Método, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães, TREVISI, Marco Aurélio Marsiglia e FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho, *Reforma Trabalhista – Visão, Compreensão e Crítica*, São Paulo, Editora LTR 2017.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas, *CLT Comentada*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista, *Comentários à Reforma Trabalhista*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ROCHA, Fábio Ribeiro, *Efetividade do Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Adequado*, São Paulo, Editora LTR, 2016.

SCALERCIO, Marcos e MINTO, Tulio Martinez, *Jurisprudência Consolidada do TST e Enunciados das Jornadas*, São Paulo, Editora LTR, 3ª edição, 2017.

SCHIAVI, Mauro, *Manual de Direito Processual do Trabalho*, São Paulo, Editora LTR, 2008.

TRINDADE, Rodrigo, *Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios do Direito Empresarial do Trabalho*, Rio Grande do Sul, AMATRA IV, 2017.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela USP. Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo. Professor Universitário.

MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES

Mestre em Direito do Trabalho pela USP. Juíza do Trabalho Substituta da 2a. Região - São Paulo

## OS NOVOS PARÂMETROS LEGAIS PARA O TRABALHO DOMÉSTICO BRASILEIRO

“O limite da precariedade está no trabalho doméstico, que voltou a crescer nos últimos anos. Concentra um quarto de todas as mulheres ocupadas no Brasil e aumenta segundo a raça.” (VALENZUELA, 1999, citada por KLOSS, 2010, p. 22).

### RESUMO

Os trabalhadores domésticos conquistaram novos direitos recentemente, sob o mote de que se procurou valorizar a categoria. A Constituição Federal de 1988 já havia estendido aos trabalhadores domésticos alguns dos direitos dos empregados típicos. A Lei no. 11.324, de 2006, aumentou esse rol, assim como fez a Lei no. 150, de 01.06.2015, ao regulamentar a Emenda Constitucional no. 72 de 2013. O objetivo do presente artigo é demonstrar que as recentes alterações legislativas no trabalho doméstico, apesar do alarde de que buscaram igualar seus titulares aos trabalhadores comuns, burocratizaram relação outrora informal e mitigaram algumas de suas antigas vantagens, comprometendo a eficácia dos direitos que consagram.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do trabalho; empregado doméstico; residência; simples doméstico.

### INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é o estudo das recentes alterações legislativas que alcançaram a relação de trabalho doméstico. Trata-se de categoria de trabalhadores que, historicamente, não tem sido valorizada no mercado de trabalho brasileiro, mas que é de grande relevância para a formação da sociedade civil, pois contribui para o bom ambiente familiar, sobretudo após a inserção da mulher no mercado de trabalho.

O trabalho doméstico tem se tornado cada vez mais escasso no exterior, notadamente em razão do alto custo da mão de obra. Não pode ser suportado pelas famílias nos países mais desenvolvidos, as quais contratam esses trabalhadores, em regra, apenas por hora ou por dia de trabalho. Os membros dessas famílias necessariamente reorganizam suas rotinas, dividindo as tarefas de limpeza da casa, de produção de refeições e de cuidados com crianças e vulneráveis, mas nos países desenvolvidos contam com subvenção governamental ou instituições especializadas, como creches e asilos. Assim, quanto mais desenvolvida a nação, menor é o percentual da população que se dedica ao trabalho nas residências, pois é mais qualificada, o que acaba por destiná-lo aos imigrantes e a outros trabalhadores marginalizados (AZEVEDO, 2010).

A situação constitui motivo de observação sociológica do

Brasil, país que tem o maior número de empregados domésticos no mundo e que reserva a maioria das vagas de trabalho desta natureza às mulheres negras e com baixa escolaridade, de modo a aprofundar a exclusão social e a discriminação de raça e de gênero. Segundo a Revista Istoé (2013, s/p):

[...] O mundo tem mais de 52 milhões de empregados domésticos, 7,2 milhões deles no Brasil, e em sua grande maioria (83%) são mulheres com proteção social insuficiente, segundo o primeiro estudo sobre o tema publicado nesta quarta-feira por uma agência especializada da ONU, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em “Brasil é o país com maior número de empregados domésticos no mundo”. [...]

A divisão sexual e racial da atividade profissional é ressaltada nesse panorama, agravado pela precarização do trabalho doméstico com as chamadas diaristas. Estudo divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) aponta que, das 6,7 milhões de empregadas domésticas no Brasil (2009), cerca de 2 milhões de trabalhadoras são diaristas, número que, em 1999, era 50% menor, pois não ultrapassava 1,2 milhões (REVISTA MERCADO, 2012).

Historicamente, o trabalho doméstico no Brasil derivou da escravidão. As antigas amas eram oriundas das senzalas, pois as escravas que contavam com maior grau de confiança dos senhores eram chamadas para trabalhar na Casagrande. O ranço escravagista ainda está enraizado no trabalho doméstico brasileiro, tanto que o filme nacional intitulado ‘Que horas ela volta’, de Anna Muylaert, ao ser exibido na cidade alemã de Berlim, gerou incredulidade quanto à veracidade dos diálogos e das cenas, erroneamente creditados pelo público a humor de caráter duvidoso do roteirista. Segundo Lemos (2015), os espectadores perguntavam “mas é verdade que no Brasil tem gente que não levanta para pegar um copo de água? (...) é verdade que existe empregada que não pode sentar à mesa?” e a resposta foi que “infelizmente, digo para eles, é”.

O estigma social do trabalho escravo, deste modo, ainda acompanha o trabalhador doméstico e desde há muitas gerações, inclusive quanto aos direitos trabalhistas, sempre muito menores que os dos trabalhadores comuns. Alterações legislativas recentes surgiram sob o argumento de que buscaram ampliar direitos, para aproximar os trabalhadores domésticos dos empregados típicos e valorizá-los. No entanto, em determinados aspectos, estabeleceram diferenciações para pior e,

em outros, burocratizaram desnecessariamente a relação de trabalho doméstico, como se verá neste estudo.

## 2. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Os conceitos de relação de trabalho e de relação de emprego não se confundem. Esta última, na visão da maioria dos teóricos, restringe-se às relações de trabalho subordinado e surge como espécie do gênero relação de trabalho. A primeira tem um conceito mais amplo, na medida em que abrange as relações jurídicas de prestação de trabalho por pessoa natural a outra pessoa, natural ou jurídica, por vínculos decorrentes de contratos de trabalho e de contratos de prestação de serviços. Segundo Nascimento (2007, p. 17):

[...] Em conclusão, sabido é que *relação de trabalho* é gênero que comporta diversos tipos de relações jurídicas nas quais uma pessoa física presta a sua atividade profissional para outra, empresa ou não [...]. Será de trabalho toda relação jurídica cujo objeto residir na *atividade profissional e pessoal* de pessoa física para outrem, o que abrangerá não apenas as relações de emprego, mas outras relações jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores, embora a outro título. [...] (destacamos)

Para Giglio e Corrêa (2007, p. 37-38):

[...] relação de trabalho consiste no vínculo jurídico resultante da prestação pessoal de serviços em proveito de outrem, pessoa física ou jurídica, que os remunera. (...) Sendo assim, a relação de trabalho é um vínculo necessariamente oneroso e estabelecido *intuitu personae*, em relação ao prestador de serviço. [...]

Leite (2007, p. 198) atribui abrangência maior ao conceito de relação de trabalho, ao escrever que “é toda aquela que diz respeito, repise-se, a toda e qualquer atividade humana em que haja a prestação de trabalho”, sem exigir a profissionalidade e a pessoalidade que se extraem dos conceitos acima reproduzidos, enquanto “a relação de emprego ocupa-se de um tipo específico desta atividade humana: o trabalho subordinado, prestado por um tipo especial de trabalhador, o empregado”.

O ordenamento jurídico brasileiro distingue a relação de emprego da relação de trabalho para fins de incidência da legislação material trabalhista, como se extrai do cotejo entre os incisos I, XXIX, XXXIV e o parágrafo único do artigo 7o., da Constituição Federal de 1988. O trabalho subordinado constitui a base da tutela da legislação trabalhista consolidada e o estado de dependência do trabalhador em relação ao tomador de serviços constitui o ponto primordial de identificação da relação de emprego (artigos 2º. e 3º. da CLT).

A figura da subordinação é dividida em quatro modalidades: jurídica, econômica, técnica e social (GOMES; GOTTSCALK, 2000). A subordinação jurídica, também chamada hierárquica, é a mais relevante para a identificação da relação de emprego. É a situação do trabalhador que limita a autonomia de sua vontade para transferi-la ao empregador, que diri-

girá a prestação pessoal de serviços para o desenvolvimento da atividade empresarial ou do trabalho em residência. Deste modo, o reverso da subordinação do empregado é o poder diretivo do empregador e aquela constitui, em última análise, o próprio objeto da contratação. O vínculo de emprego resultará da prestação de serviços de forma subordinada, que agregará outras características, como a habitualidade, a pessoalidade, a alteridade e a onerosidade (artigo 3º. da CLT).

Especificamente quanto ao trabalho doméstico, a linha divisória entre o emprego e a relação de trabalho sempre foi tênue, o que resultava em dissenso jurisprudencial quanto à quantidade mínima da frequência ao trabalho para a caracterização do requisito da habitualidade. Algumas decisões judiciais consideravam o mínimo de três dias de trabalho por semana para tanto e outras apenas um dia.

A nova legislação pretendeu afastar mencionada polêmica jurisprudencial, para deixar inequívoco que a caracterização do emprego doméstico exige o trabalho em pelo menos três dias por semana (artigo 1º. da Lei Complementar no. 150/2015, que regulamentou a Emenda Constitucional no. 72/2013). Partiu-se do requisito específico da continuidade, extraído do artigo 1º. da Lei no. 5.859/72, para diferenciá-lo do padrão da habitualidade ditado pelo artigo 3º. da CLT. A doutrina diferencia ambos os requisitos, ao asseverar que “encontra-se nela, também, um elemento fático-jurídico comum aos demais empregados, mas que recebe, no caso do doméstico, conformação jurídica relativamente distinta – trata-se da continuidade” (DELGADO; 2013, p. 371). Assim, a empregada doméstica foi diferenciada da diarista especialmente pela frequência ao trabalho, para fins de incidência da legislação trabalhista ao seu contrato.

Por outro lado, o empregado doméstico não se confunde com o empregado em domicílio, que constitui modalidade de empregado típico. O empregado doméstico trabalha na residência do empregador ou em função dela, ao passo que o empregado em domicílio ativa-se em sua própria moradia, a distância da empresa. Este é realizado na residência do empregado ou em oficina de sua família, mas sob a direção e a responsabilidade do empregador (artigo 83 da CLT). Nos termos do artigo 6º. da CLT, não se diferencia do empregado típico, inclusive quanto aos direitos, ressalvadas apenas as circunstâncias de exercício de trabalho externo e de incidência de excludentes com as quais se relaciona, como a do artigo 62, inciso I, da CLT, referente às horas extras.

## 3. PECULIARIDADES DO TRABALHO DOMÉSTICO

O trabalho doméstico é necessariamente realizado em âmbito residencial, para família e sem proveito de lucro pelo empregador sobre sua atividade. Segundo Delgado (2013, p. 371), “empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas”.

O conceito de família deve ser entendido de forma ampla para fins de caracterização do emprego doméstico. Esta maior amplitude conceitual diz respeito à identificação dos beneficiários dos serviços e do âmbito espacial de sua realização.

Assim, pode ser considerado como família o “grupo unitário de pessoas físicas, atuando estritamente em função de interesses individuais de consumo pessoal” (DELGADO, 2013, p. 378). Neste sentido, poderá ser enquadrada como empregadora doméstica uma república estudantil. Quanto ao espaço que poderá ser englobado pelo conceito de moradia da família, a lei utiliza a expressão “âmbito residencial”. Compreende as unidades ligadas à residência, como as casas de campo ou de praia, e os serviços que são realizados externamente, mas em função dela, como os dos motoristas (DELGADO, 2013).

Essencial para que não se desnature o trabalho doméstico para o típico é que não haja finalidade de lucro com a atividade, o que deve ser verificado sob a ótica do tomador de serviços. O trabalho deve ser voltado ao mero consumo do tomador de serviços e não à produção para a posterior colocação de produtos no mercado. Como ensina Delgado (2013, p. 378), “quer a lei que o trabalho exercido não tenha objetivos e resultados comerciais ou industriais, restringindo-se ao exclusivo interesse pessoal do tomador ou sua família.”

A ausência de intuito de lucro na atividade é colocada como empecilho à plena extensão de direitos trabalhistas aos empregados domésticos. Argumenta-se que o fato de não se utilizar do trabalho do empregado doméstico para produção de mais-valia constitui óbice para a integral fruição dos direitos mínimos garantidos aos demais trabalhadores. No entanto, o trabalho doméstico permite viabilizar o exercício de outras atividades profissionais pelos empregadores, sobretudo após o aumento da participação feminina no mercado de trabalho e na composição do orçamento familiar, muitas vezes realizada isoladamente<sup>1</sup>. O discurso ainda é utilizado nos dias atuais e visa impedir o rompimento de injustiça histórica, inclusive como argumento contrário à ratificação da Convenção nº. 189 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil, abaixo transcrita em parte (OIT, 2017):

[...] O trabalho doméstico é um tema que apresenta grandes desafios do ponto de vista da ação pública e da organização de atores sociais. Sua complexidade é colocada em função de suas características peculiares, de seu papel na estruturação do mercado de trabalho, bem como de seu entrelaçamento com aspectos fundamentais da organização social e das desigualdades de gênero e raça, como a divisão sexual do trabalho e a desvalorização do trabalho reprodutivo. Trabalhadoras/es domésticas/os sofrem sistematicamente com o desrespeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais no trabalho. [...] As trabalhadoras/es domésticas/os seguem, portanto, sendo vítimas frequentes de violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no trabalho, como o trabalho forçado, o trabalho infantil e a discriminação. O trabalho doméstico é uma das atividades para as quais a noção de trabalho decente tem especial importância e, considerando as discri-

1. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, referente ao ano de 2012, 42,5% das famílias brasileiras são constituídas por mulheres e seus filhos, sem cônjuges.

minações de gênero e raça envolvidas, tem estreita relação com a questão mais ampla da igualdade de oportunidades e tratamento no mundo do trabalho. [...]

Cesarino Júnior (1980, p. 209) há tempos já defendia:

[...] a extensão da legislação trabalhista aos empregados domésticos, com apenas algumas alterações que a adapte à natureza do trabalho. Na realidade, por que o empregado doméstico não deve ganhar um salário mínimo, ter uma razoável duração diária do trabalho, descanso semanal e anual, entre outros direitos? O caráter protecionista do Direito Social deve abranger todos os hipossuficientes. [...]

Acentua-se no trabalho doméstico o grau de confiança entre os sujeitos da relação jurídica, diante da maior proximidade e do nível elevado de pessoalidade em ambos os polos, pois o empregador normalmente não dispõe de mecanismos de controle da vida funcional do empregado. O cumprimento das tarefas muitas vezes não é fiscalizado, por ser comum a ausência dos empregadores de suas residências, já que estão envolvidos com suas próprias ocupações. Esta realidade faz com que o trabalho seja marcado pela informalidade, o que poderá causar problemas para o empregador que não cuida de documentar os pagamentos com recibos para a produção de provas em eventual reclamação trabalhista, especialmente diante de exigências trazidas pela nova legislação quanto ao controle de horas de trabalho.

## 4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO TRABALHO DOMÉSTICO

A primeira lei que efetivamente regulou o trabalho doméstico no Brasil de forma mais detalhada foi editada em 1972, com o número 5.859. Assegurou aos empregados domésticos os direitos à anotação do vínculo de emprego em CTPS e às férias de vinte dias úteis, respectivamente nos artigos 2º., inciso I, e 3º. Seguiu-se a Lei nº. 7.418/85, que garantiu a esses trabalhadores o mesmo direito ao vale transporte que assegurou aos empregados típicos.

Diplomas legais anteriores já haviam tratado do trabalho doméstico, mas apenas pontualmente, como a Lei nº. 13/1830, com oito artigos, o Código de Posturas do Município de São Paulo, no artigo 263, o Decreto no. 16.107/1923 e o Decreto -Lei no. 3.078/1941. Em 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, que reuniu a legislação trabalhista, mas não abrangeu o empregado doméstico, conforme disposição excludente de seu artigo 7º.<sup>2</sup> Assim, o Código Civil de 1916 continuou a regular, à época, o trabalho doméstico, pois em seu artigo 1.216, *caput*, dispunha que “toda espécie de serviços ou trabalhos lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, no que foi reproduzido pelo artigo 504 da Lei nº. 10.406/2002 (MARTINS, 2011).

2. Artigo 7º. da Consolidação das Leis do Trabalho: Os preceitos constantes na presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado o contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou a família, no âmbito residencial destas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º., parágrafo único, estendeu aos empregados domésticos direitos como o salário mínimo, a irredutibilidade salarial, o décimo terceiro salário, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, a licença maternidade, a licença paternidade, o aviso prévio de trinta dias e a aposentadoria. O Decreto nº. 3.361/2000 tornou facultativa a inscrição do empregado doméstico no regime do FGTS, situação na qual passou a ter direito ao seguro desemprego em caso de dispensa imotivada.

A Lei nº. 11.324/2006 ampliou o rol de direito dos trabalhadores domésticos. Decorreu de edição de medida provisória, que tinha o propósito inicial de permitir ao empregador doméstico a dedução do imposto de renda de valores recolhidos como contribuição previdenciária. No entanto, a quantidade de emendas feitas em seu texto pelos congressistas tornou necessária a edição de lei específica. Entre os novos direitos que consagrou, incluiu-se a obrigatoriedade de recolhimento de depósitos de FGTS em conta vinculada do empregado doméstico, que, à época, era facultativo. Também proibiu a efetuação de descontos de valores referentes à alimentação, vestuário, higiene e moradia do salário do empregado doméstico (artigo 2º-A). No artigo 9º., assegurou o pagamento em dobro das horas de trabalho em feriados, ao revogar o artigo 5º. da Lei nº. 605/49. Outros dois direitos tratados pela Lei nº. 11.324/2006 foram as férias, que passaram a ser como a dos trabalhadores comuns, de trinta dias corridos, e a estabilidade gestante, equiparada à da empregada típica com a inserção do artigo 4º.-A na Lei nº. 5.859/72.

Adveio, por fim, a Lei Complementar nº. 150/2015, que regulamentou a Emenda Constitucional no. 72/2013, denominada 'PEC das domésticas'. Além da estipulação do número mínimo de dias para se configurar a relação de emprego doméstico, a nova legislação limitou as horas de trabalho aos máximos de oito diárias e de quarenta e quatro semanais, assegurando o direito às horas extras. Considerou, ainda, como trabalho a tempo parcial o que não superar vinte e cinco horas semanais, permitindo que o salário seja proporcional às horas de trabalho.

Autorizou, por outro lado, a compensação de horas extras por banco de horas celebrado individualmente, exceto quanto às primeiras quarenta mensais, que deverão ser remuneradas com o adicional mínimo de 50% (artigo 2º., parágrafo 4º.). No artigo 12º., tornou obrigatório o controle da jornada de trabalho, independentemente do número de empregados domésticos existente na residência, burocratizando, assim, relação de emprego tradicionalmente marcada pela informalidade. A exigência legal em referência assume contorno especial diante do entendimento consagrado pela Súmula 338 do C. TST. Por ele, presumem-se verdadeiros os horários de trabalho narrados na petição inicial da reclamação trabalhista se o empregador omitir os controles de horas de trabalho de seus empregados, situação em que terá o encargo da prova dos horários narrados em defesa.

Alteração legislativa que pode ser tida como negativa para o empregado doméstico, na medida em que flexibilizou norma de tutela à saúde, decorreu do artigo 13 da Lei Complementar no. 150/2015, ao permitir a redução do intervalo intrajornada

para trinta minutos também por simples acordo individual. No artigo 10º., a mesma lei mitigou outro ponto de proteção constitucional das horas de trabalho, ao autorizar a implantação do regime de doze trabalhadas por trinta e seis descansadas ainda por acordo individual, contrariando entendimento jurisprudencial consagrado pela Súmula 444 do C. TST para o empregado típico.

Outros temas tratados pela Lei Complementar nº. 150/2015 foram a instituição do 'simples doméstico', que determinou o cadastramento do empregado pelo empregador por meio da *internet* ([www.esocial.gov.br](http://www.esocial.gov.br)), a redução da alíquota das contribuições previdenciárias de 12% para 8% tanto para o empregador quanto para o empregado, a realização de depósitos de FGTS no percentual obrigatório de 8%, acrescido de 3,2% de multa rescisória para a dispensa sem justa causa, com direito ao seguro desemprego para o mínimo de quinze meses de contrato relativos aos últimos vinte e quatro meses, além da efetivação de seguro contra acidente do trabalho de 0,8%. O seguro desemprego corresponde ao máximo de três parcelas, em evidente discriminação da lei em relação aos trabalhadores comuns, sendo frequentes, ainda, as notícias veiculadas pela mídia sobre as dificuldades enfrentadas para a habilitação do benefício (O DIA, 2015).

Quanto ao adicional noturno, a nova lei repetiu as disposições gerais dos artigos 72 e seguintes da CLT. Instituíram-se o adicional por viagem de 25% sobre salário base e com despesas custeadas pelo empregador e os auxílios pré-escolar e creche, para filhos com a idade máxima de cinco anos, além de se permitir o desconto de até 25% para custeio de plano de saúde. Outros direitos dos quais a nova lei tratou foram as férias anuais de trinta dias corridos com concessão em até dois períodos, um de pelo menos catorze dias, exceto no trabalho a tempo parcial, quando seriam de dezoito dias, e o aviso prévio proporcional ao tempo de casa, de três dias por ano de contrato até o máximo de noventa dias. O salário família também passou a constituir benefício previdenciário dos empregados domésticos com filhos com até catorze anos de idade e o vale transporte poderá ser fornecido em dinheiro.

A modificação legislativa que mais prejudicou o trabalhador doméstico foi a supressão da antiga possibilidade de penhora do bem de família de seu empregador para a satisfação do crédito trabalhista, que decorreu da revogação do artigo 3º., inciso I, da Lei no. 8.009/90 pelo artigo 46 da Lei no. 150/2015. O argumento para a mudança foi de que o antigo benefício não seria mais necessário porque a nova legislação permitiu a identidade de direitos entre os empregados domésticos e os comuns, mas a extensão das garantias foi meramente pontual e não total, como visto. Por outro lado, os trabalhadores domésticos não contam com os mesmos mecanismos de que se valem os empregados comuns para a satisfação de seus créditos, entre os quais a possibilidade de caracterização do grupo econômico para fins de solidariedade passiva e da responsabilidade subsidiária dos sócios ou dos tomadores de serviços para a quitação dos haveres. Assim, apesar de ter estendido alguns direitos trabalhistas, a nova lei comprometeu a garantia de solvência do crédito do empregado doméstico, ao suprimir a antiga autorização legal de penhora do bem de família.

A Lei Complementar no. 150/2015, que regulamentou a Emenda Constitucional no. 72/2013, já completou dois anos de vigência. Esperava-se que o Brasil ratificasse a Convenção nº. 189 da Organização Internacional do Trabalho, acima transcrita em parte, para valorizar as relações de trabalho em âmbito doméstico, mas, ao contrário, aprovou-se ampla reforma trabalhista, que mitigou ainda mais os direitos trabalhistas e seus mecanismos de tutela em sentido amplo. Mencionada convenção tem como principal objetivo a redução das desigualdades e da discriminação comumente sofridas pelos empregados domésticos, ao prever direitos basilares e condições dignas de trabalho. Trata, entre outros temas, da idade mínima para o trabalho, da proteção contra assédio, abuso e violência, bem como da garantia de direitos básicos, como férias, limitação da jornada de trabalho e remuneração mínima.

A legislação brasileira já consagra a maioria destes direitos, sobretudo após a edição da Lei Complementar no. 150/2015, mas a ratificação da Convenção nº. 189 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil é medida que se impõe. Servirá como reconhecimento expresso pelo país da importância do tema e como compromisso internacional de se buscar a garantia de direitos mínimos para todos os trabalhadores, sobretudo os migrantes, que são os que mais buscam essas ocupações.

##### 5. REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NO TRABALHO DOMÉSTICO

A Lei nº. 13.467/17, da chamada 'Reforma Trabalhista', entrou em vigor em cento e vinte dias após sua promulgação, especificamente em 11 de novembro de 2017. As alterações que a reforma legislativa busca implementar enquadraram-se em contexto de precarização do trabalho, inclusive em âmbito doméstico. Além da ausência de diálogo social e de tempo para o amadurecimento das mudanças propostas, evidenciou-se a anuência aos interesses do empresariado e do grande capital. Partiu-se de discurso desprovido de maior fundamentação sócio-econômica, mitigando-se elementos basilares de proteção histórica dos direitos trabalhistas. Contudo, a preservação da legislação trabalhista e de suas garantias ainda se justificam como amparo social, pelo menos enquanto vigorar o modo de produção capitalista no Brasil.

Alguns dos dispositivos da Lei nº. 13.467/2017 reproduzem preceitos que já haviam sido instituídos pela Lei Complementar nº. 150/2015 para o trabalho doméstico, igualmente para flexibilizar regras de direito tutelar do trabalho e diminuir a proteção legal à saúde dos trabalhadores em geral. É o caso das regras que permitem a redução da pausa para refeição para meia hora e a implantação da escala em regime de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso, ambas por simples acordo individual.

Em outros pontos, a nova legislação, ao reduzir mecanismos de tutela à saúde do trabalhador, alcançou o trabalho doméstico, como no tocante à permissão para o maior parcelamento das férias. A antiga regra de concessão em dois períodos, sendo um de quatorze dias no mínimo, foi modificada para três períodos, mantendo-se o mesmo número de dias para um deles e de cinco dias para os outros dois, com a ressalva do trabalho a

tempo parcial. A fragmentação maior do descanso anual poderá comprometer a recomposição das energias do trabalhador doméstico, sabidamente de maior eficácia em períodos mais prolongados de descanso, o mesmo ocorrendo com a redução do intervalo para refeição. Foram desconsiderados estudos consistentes na área de medicina e de segurança do trabalho, em manifesta afronta aos direitos mínimos que prezam pela manutenção da higidez do trabalhador, com reflexos negativos para a sociedade como um todo.

O trabalho a tempo parcial foi ampliado de vinte e cinco para trinta horas semanais e se inaugurou a modalidade de trabalho intermitente, que poderá alcançar a situação dos chamados 'folguistas'. Este último tem sido denominado de 'contrato a zero hora', pois não garante quantidade mínima de horas ao trabalhador, que permanece à disposição do empregador sem remuneração pelo tempo de espera por chamado para o trabalho. A legislação prevê a "alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador". No entanto, não estabelece número mínimo de dias de trabalho, o que certamente gerará insegurança financeira ao trabalhador, além de prever penalidade pecuniária equivalente a 50% do valor da diária para os empregados que deixem de comparecer na data combinada. Seu evidente e maior propósito é de reduzir os custos para o empregador, que poderá recolher os encargos sociais proporcionalmente aos dias trabalhados.

Outra inovação é o acordo para a rescisão contratual, hipótese em que a multa incidente sobre o saldo do FGTS será reduzida de 40% para 20%, ficando resguardada metade do aviso prévio, mas se perdendo o benefício do seguro desemprego e se levantando apenas 80% do saldo da conta vinculada. Para os empregados domésticos, a Lei Complementar nº. 150/2015 já havia instituído o fundo compensatório de 3,2%, que é recolhido mensalmente com o 'simples doméstico', em substituição à multa de 40%, com repartição do saldo igualmente entre os sujeitos do contrato de trabalho doméstico (artigo 484-A, item I-b). A homologação da rescisão contratual passa a ser facultativa no trabalho doméstico, mas a multa incidente pela falta de registro do contrato de trabalho em CTPS foi agravada.

##### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho doméstico tradicionalmente foi marginalizado, já que é visto como resquício do antigo trabalho escravo no Brasil. O avanço na extensão de direitos aos trabalhadores desta categoria tem sido lento e, quando ocorreu, foi acompanhado de contrapartidas que prejudicaram a satisfação de seu crédito trabalhista.

A Lei Complementar nº. 150/2015, ao regulamentar a Emenda Constitucional no. 72/2013, trouxe novos direitos aos trabalhadores domésticos, como as horas extras, o adicional de 25% para viagens e o auxílios pré-escolar e creche. No entanto, inaugurou a senda de precarização de direitos trabalhistas, que foi agravada pela Lei nº. 13.467/2017, ao permitir a redução, por simples acordo individual, do tempo destinado ao intervalo para refeição e a implantação, pela mesma via

contratual, da escala em regime de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso e do banco de horas para a compensação das extraordinárias.

A mencionada mitigação de direitos trabalhistas e de seus mecanismos de tutela atingiu o ápice com a instituição do contrato de trabalho intermitente, pois não assegura aos trabalhadores salário mínimo, na medida em que é atrelado ao número de horas trabalhadas, cuja estipulação fica ao total alvedrio do empregador.

Não houve a necessária preocupação dos legisladores das Leis nº. 150/2015 e 13.467/2017 com a tutela à saúde dos trabalhadores, pois não se observaram princípios básicos de segurança e de medicina do trabalho. Por outro lado, as inovações legislativas no trabalho doméstico burocratizaram relação marcada tradicionalmente pela informalidade, ao tornar necessárias a manutenção de controle de horas de trabalho e a realização de cadastro pelo empregador doméstico com o chamado 'esocial', que é feito pela *internet* para o recolhimento de contribuições sociais.

Especificamente para os empregados domésticos, a mais prejudicial das alterações legislativas foi a supressão da antiga proteção legal da penhorabilidade do bem de família outra permitida para a satisfação de seus créditos em execução judicial. De nada adiantará a ampliação de direitos se não se mantiverem mecanismos que permitam efetivá-los, considerando que o empregado doméstico não conta com as mesmas ferramentas asseguradas ao empregado típico para a eficácia de suas garantias trabalhistas.

Após dois anos de vigência da Lei Complementar no. 150/2015, que regulamentou a Emenda Constitucional no. 72/2013, esperava-se que o Brasil ratificasse a Convenção nº. 189 da Organização Internacional do Trabalho, como compromisso internacional de se buscar melhorias nas relações de trabalho doméstico. O que ocorreu, ao contrário, foi a apresada aprovação de reforma trabalhista que flexibilizou e mitigou ainda mais a rede de proteção dos direitos trabalhistas.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AZEVEDO, A. L.. **Empregadas domésticas têm salário maior e são valorizadas na Europa**. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/03/empregadas-domesticas-tem-salario-maior-e-sao-valorizadas-na-europa.html>>. 2013. Acesso em agosto de 2017.

CESARINO JUNIOR, A. F.. **Direito social**. São Paulo: LTr, 1980.

DELGADO, M. G.. **Curso de direito do trabalho**. 12ª. edição, São Paulo: LTr, 2013, 1504 p.

GIGLIO, W.; CORRÊA, C. G. V.. **Direito processual do trabalho**. 16a. edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E.. **Curso de direito do trabalho**. 16a. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ISTOÉ. Disponível em <[http://istoe.com.br/266400\\_BRASIL+E+O+PAIS+COM+MAIOR+NUMERO+DE+EMPREGADOS+DOMESTICOS+NO+MUNDO/](http://istoe.com.br/266400_BRASIL+E+O+PAIS+COM+MAIOR+NUMERO+DE+EMPREGADOS+DOMESTICOS+NO+MUNDO/)>. 2013. Acesso em agosto de 2017.

KLOSS, Larissa Renata. **A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho**. Revista do TRT - 9ª Região. Curitiba, a. 35, n. 65, p. 391-416, jul./dez. 2010.

LEITE, C. H. B.. **Curso de direito processual do trabalho**. 5a. edição, São Paulo: LTr, 2007, p. 198.

LEMOS, N. Disponível em <<http://revistatrip.uol.com.br/tpm/assistir-a-que-horas-ela-volta-na-europa-passar-vergonha-pelo-brasil>>. 2015. Acesso em agosto de 2017.

MARTINS, S. P.. **Direito do trabalho**. 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2011, 902 p.

NASCIMENTO, A. M.. **Curso de direito processual do trabalho**. 22a. edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217.

O DIA. **Empregadas domésticas não recebem o seguro-desemprego**. Disponível em <http://economia.ig.com.br/2015-11-29/empregadas-domesticas-nao-recebem-o-seguro-desemprego.html>>. 2015. Acesso em agosto de 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos**. Disponível em <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_169517.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf)>, p. 2. Acesso em agosto de 2017.

REVISTA MERCADO. **Cresce número de diaristas junto à informalidade**. <Disponível em: <http://www.revistamercado.com.br/destaques/cresce-numero-de-diaristas-e-junto-a-informalidade/>>. 2012. Acesso em agosto de 2017.

SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO D.; VIANA S.. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 17ª ed, 1997, 726 p.

VALENZUELA, M. E.. Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho no Brasil. *In: Abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil: políticas para conciliar os desafios de emprego e competitividade*. Organização de Anne Caroline Posthuma. — Brasília: OIT e MTE; São Paulo: Ed. 34, 1999.

JULIANA FERREIRA DE MORAIS AZEVEDO

Juíza Substituta do TRT-2  
Representante da Circunscrição da Baixada Santista da AMATRA-2

**NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A NECESSÁRIA REFORMA SINDICAL**

**1. INTRODUÇÃO**

O Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, atualmente em trâmite no Senado Federal, institui a denominada reforma trabalhista e altera diversos dispositivos da CLT. No âmbito do direito coletivo, o referido projeto de lei acrescenta o artigo 611-A à CLT, que dispõe sobre a prevalência dos acordos e convenções coletivas sobre a lei.

Embora ainda se trate de projeto de lei, faz-se mister discutir a questão da prevalência do negociado sobre o legislado, eis que se trata de tema recorrente no cenário jurídico atual, que tem suscitado muita divergência entre os operadores do Direito.

Argumenta-se que a prevalência do negociado sobre o legislado fortalece a negociação coletiva, aumenta a segurança jurídica dos entes coletivos signatários do instrumento normativo e favorece a adaptação dos direitos trabalhistas às crescentes mudanças sócio-econômicas.

Em que pese a relevância dos argumentos, há que se pesar a constitucionalidade da medida, bem como as consequências da adoção desse modelo no Brasil, notadamente diante dos resquícios corporativistas ainda existentes no ordenamento jurídico, que impedem o pleno desenvolvimento do sindicalismo e tornam o ambiente propício para a precarização dos direitos trabalhistas.

**2. ANÁLISE DO SISTEMA SINDICAL BRASILEIRO**

Não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha preconizado a livre associação profissional ou sindical, vedando a interferência e a intervenção estatal na organização dos sindicatos (artigo 8º, *caput* e § 1º, CF/1988), manteve diversas características do antigo modelo corporativista adotado no governo de Getúlio Vargas, dentre os quais podem-se citar a contribuição sindical obrigatória, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, a unicidade sindical, base territorial mínima e a organização dos sindicatos em categorias profissionais e econômicas.

Tais anacronismos contribuem para uma crise de representatividade dos sindicatos, com um crescente distanciamento entre a cúpula e a base dos trabalhadores representados, tornando os sindicatos permeáveis aos avanços do capital.

Nesse sentido, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, ao afirmar que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988:

Muda [...] o panorama do sindicalismo brasileiro. Muda pouco, entretanto, pois ao lado desta liberdade são mantidas as bases do sistema corporativista: a unicidade sindical; a contribuição compulsória e a competência normativa da Justiça do Trabalho, as quais, juntas, denominamos *tripé da incompetência* ou *tripé da farsa*, por sustentarem um sin-

dicalismo sem compromisso com suas bases, além de outras restrições dissonantes de um regime de liberdade sindical.<sup>1</sup>

Analisando cada uma das características remanescentes do corporativismo, tem-se que a contribuição sindical (imposto sindical) incentiva a criação indiscriminada de sindicatos, interessados, muitas vezes, nas receitas oriundas do imposto sindical. Ademais, como o imposto sindical é descontado indistintamente de associados e não associados, os dirigentes sindicais não precisam se empenhar para atrair novos associados, tampouco mostrarem-se efetivamente atuantes nas negociações coletivas, eis que as contribuições sindicais vertidas aos sindicatos independem da abrangência de seus quadros sociais.

Falando sobre a contribuição sindical, João Batista Brito Pereira vaticina:

Graças, ainda, à combatida “contribuição” sindical que retira da entidade sindical o gosto pela conquista do associado, pelas campanhas em favor da filiação, pela criação de cesta de ofertas como atrativos à filiação apenas porque a participação do integrante da categoria é compulsória (se dá por força de lei), e assim os sindicatos são contemplados sem esforço. [...]²

O Poder Normativo da Justiça do Trabalho também contribui para o enfraquecimento dos sindicatos, à medida em que absorve o conflito para o aparelho estatal, impedindo que os próprios entes coletivos encontrem soluções criativas e adequadas para as categorias envolvidas. Essa é a posição defendida por Ives Gandra Martins Filho, ao aduzir que:

a intervenção dos Tribunais Trabalhistas na composição dos conflitos coletivos do trabalho, mediante a imposição de novas normas de trabalho, a par do **desconhecimento** das reais condições de trabalho num determinado setor, estariam **esvaziando** o poder de negociação de empresas e sindicatos, uma vez que, em qualquer impasse, já uma das partes ajuizava **dissídio coletivo**, frustrando a consecução de uma solução autônoma do conflito. (destaques no original)<sup>3</sup>

Não é por outra razão que o legislador constituinte derivado

1. José Cláudio Mo de Brito Filho. *Direito sindical*, p. 65  
2. João Batista Brito Pereira. *Notas sobre a flexibilização do direito do trabalho*.  
3. Ives Grandra Martins Filho. *Processo coletivo do trabalho*

alterou a redação do parágrafo 2º do artigo 114 da Constituição Federal, para acrescentar o requisito do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo, com vistas a dificultar o acesso ao Judiciário Trabalhista e a fomentar a negociação coletiva.

Por outro lado, a unicidade sindical, a base territorial mínima e a organização dos sindicatos em categorias também conspiram contra a liberdade sindical, engessando o sindicalismo, que deixa de ser um movimento espontâneo dos próprios trabalhadores interessados em se unir àqueles que melhor representem seus interesses.

Nem se alegue que a pluralidade sindical contribui para fragmentar e enfraquecer os sindicatos, porquanto em um contexto de autêntica liberdade sindical somente os sindicatos realmente representativos permanecem no cenário jurídico, eis que, sem a garantia do imposto sindical, os sindicatos pouco representativos perdem espaço, já que para eles também vigora as leis de mercado.

Um dado que reforça o argumento em favor da pluralidade sindical está estampado no parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, a respeito do Projeto de Decreto Legislativo 16 de 1984, que trata da aprovação da Convenção 87 da OIT, em 11/12/2002, *in verbis*:

É curioso notar que em um país como a República Federal da Alemanha, onde o conjunto formal de assalariados é da ordem de 50 milhões (e a população total é a metade do Brasil), existem menos de vinte sindicatos, não obstante o artigo 9º do Texto Constitucional Alemão assegurar a irrestrita liberdade de organização sindical. No Brasil, por outro lado, para um universo de, segundo dados recentes do IBGE, menos de 20 milhões de empregados formais (e o dobro da população, em relação a Alemanha), à guisa de prestígio a unicidade “fortalecedora de sindicatos”, pululam mais de dez mil sindicatos nos registros oficiais.<sup>4</sup>

Atualizando os dados do parecer da CCJ supratranscrito, em consulta ao sítio do Ministério do Trabalho e Emprego<sup>5</sup>, constata-se que o número de sindicatos no Brasil em dezembro de 2015 supera 16.000 entidades, sendo 10.914 de trabalhadores e 5.087 de empregadores, o que mostra a incoerência da unicidade sindical nos moldes adotados no Brasil.

Ressalte-se que é preciso abolir os anacronismos do sistema sindical brasileiro de forma simultânea, eis que extirpar apenas um deles desequilibraria ainda mais o débil sistema. Com efeito, permitir a pluralidade sindical, sem extinguir a contribuição sindical obrigatória, importaria na criação indiscriminada de sindicatos, interessados precipuamente na fonte de receitas advinda do imposto sindical, gerando esfacelamento de categorias. Da mesma maneira, extinguir o Poder Normativo da Justiça do Trabalho sem uma reforma capaz de fortalecer o sistema sindical resultaria em ausência de nor-

4. disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/603>

5. disponível <http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp>

mas coletivas justamente para aquelas categorias representadas por sindicatos frágeis, com pouco poder de mobilização para convocar uma greve. Por fim, suprimir o imposto sindical, sem abolir a organização sindical por categoria, a unicidade sindical e a base territorial mínima, certamente acarretaria maiores desajustes, eis que os trabalhadores permaneceriam obrigatoriamente associados a sindicatos frágeis, com a situação agravada pela escassez de recursos financeiros.

Certamente, a reforma sindical criaria uma instabilidade inicial. Todavia, uma vez superada a crise inicial, os sindicatos emergiriam mais fortes, com maior poder de barganha frente ao capital.

### 3. CONVENIÊNCIA DA ADOÇÃO DO MODELO NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO

No cenário de extrema fragilidade do sistema sindical brasileiro - resultante, em grande medida, de um modelo sindical com matizes nitidamente corporativistas, como ressaltado alhures -, os argumentos acerca da prevalência do negociado sobre o legislado têm ganhado espaço.

A discussão mais recente está ocorrendo atualmente no Senado Federal, por força do Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que institui a denominada reforma trabalhista e altera diversos dispositivos da CLT.

No âmbito do direito coletivo, o referido projeto de lei acrescenta o artigo 611-A à CLT, que dispõe sobre a prevalência dos acordos e convenções coletivas sobre a lei. Eis o seu teor:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II – banco de horas anual;
- III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI – regulamento empresarial;
- VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI – troca do dia de feriado;
- XII – enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, even-

tualmente concedidos em programas de incentivo;”

A discussão sobre a prevalência do negociado sobre o legislado merece atenção por parte dos operadores do direito, dadas as sérias conseqüências que pode acarretar para o sindicalismo no Brasil, ainda claudicante.

De plano, releva notar que não há óbice na ordem jurídica para a livre negociação entre as partes, com vistas a suplementar os direitos minimamente fixados pela Constituição Federal e pela legislação ordinária laboral – negociação *in mellius*.

Na verdade, o que se pretende com o discurso da prevalência do negociado sobre o legislado é puramente a redução de direitos mínimos assegurados na legislação heterônoma estatal, em autêntica negociação *in pejus*.

Nesse sentido, Márcio Túlio Viana assinala:

Na verdade, o negociado já prevalece sobre o legislado, quando se trata de dar mais vantagens ao trabalhador. Assim, o que se está pretendendo não é valorizar a convenção coletiva, como instrumento de conquistas da classe trabalhadora, mas desvalorizá-la, utilizando-a para destruir o que foi construído. É esse o significado real do slogan.

[...]

É bom notar que a própria CF já permite a redução de salários via negociação coletiva. E muito embora toda exceção deva ser interpretada restritivamente, essa regra tem sido elastecida pela jurisprudência, sob o argumento de que “quem pode o mais, pode o menos”. Assim, provavelmente, a alteração na lei ordinária reforçará essa tendência, mesmo porque o próprio “respeito” à Constituição é algo passível de várias leituras.<sup>6</sup>

A respeito dos limites da negociação *in pejus*, José Cláudio Monteiro de Brito Filho afirma que:

Não podem os contratos coletivos (convenções e acordos coletivos de trabalho), regra geral, dispor contra as normas de proteção aos trabalhadores que estiverem reguladas na parte do ordenamento jurídico instituído pelo Estado.

Essa regra geral, todavia, sofre três limitações, impostas pelos texto constitucional (art. 7º, VI, XIII e XIV), no tocante à redução dos salários e à compensação de jornada, e pela Lei 9.601/98, que regula forma de contratação por prazo determinado, sendo estes os casos de flexibilização admitidos no Direito do Trabalho brasileiro. [...] Hoje, podemos contabilizar outras [...] como a suspensão dos contratos individuais do trabalho para fins de qualificação profissional.<sup>7</sup>

Depreende-se, pois, que, no ordenamento jurídico atual, a regra é a negociação *in mellius*, sendo a negociação em patamares inferiores à legislação heterônoma estatal exceção somente admitida nas hipóteses expressamente previstas na

6. Márcio Túlio Viana. *Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT)*

7. *Ibid.*, p. 184

própria legislação.

Todavia, a se admitir a supremacia do negociado sobre o legislado, a negociação *in pejus* – em detrimento dos direitos assegurados na legislação heterônoma estatal -, será admitida de forma ampla.

Verifica-se, pois, que tal panorama atenta contra o efeito progressista do Direito do Trabalho, ofendendo o princípio de melhoria das condições sociais dos trabalhadores previsto no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, sendo, pois, inconstitucional.

É importante ponderar que a discussão em torno da prevalência do negociado sobre o legislado não se esgota na análise da (in)constitucionalidade da medida, devendo perpassar também a análise da sua compatibilidade com o modelo sindical brasileiro, ainda marcadamente corporativista e pouco representativo, como ressaltado alhures.

Ora, permitir a negociação *in pejus* em um contexto de fragilidade sindical culmina por enfraquecer ainda mais o sindicalismo no Brasil, já que, sem um piso mínimo de direitos assegurados pela legislação heterônoma estatal, os sindicatos ficariam muito mais vulneráveis à ação do capital, mormente em situações de crises sócio-econômicas, cada vez mais comuns.

Isso porque, diante da existência de sindicatos pouco representativos, frutos de um sistema sindical anacrônico, a possibilidade de flexibilização das regras celetistas pela via negocial (prevalência do negociado sobre o legislado) inevitavelmente reduziria as conquistas trabalhistas, aprofundando a desigualdade entre capital e trabalho, já que os sindicatos, em sua maioria, não teriam poder de mobilização para resistir às investidas do empregador.

Nesse sentido, vaticina José Cláudio Monteiro de Brito Filho, ao afirmar que:

[...] em modelo de organização sindical ultrapassado, o que temos são entidades sindicais débeis e que pouco ou nada protegem o trabalhador, sendo razoável dizer que a flexibilização, nas mãos dessas entidades, não é uma arma em favor do ajuste dos interesses dos trabalhadores com os dos empregadores, e sim mais um fator para a desproteção dos primeiros.<sup>8</sup>

No mesmo diapasão, João Batista Brito Pereira afirma que:

Ora, sem uma garantia mínima fixada em lei como pataamar a partir do qual a negociação se desenvolve, é pouco provável que as condições negociadas favoreçam os empregados. Ao contrário, as negociações tendem a se tornar mais favoráveis ao empregador ante o fantasma da retirada de benefícios garantidos na lei que regerá o processo de negociação, reduzindo o poder das entidades sindicais profissionais de acrescentar algo de novo nas reivindicações. É bem possível que estas se esforçarão para assegurar o contido nos instrumentos já existentes, dando ensejo a uma triste disputa, situando-se de um lado os empregados pos-

8. *Ibid.*, p. 185

tulando algo mais e, de outro, os empregadores condicionando a concessão de um novo à retirada de dois antigos.<sup>9</sup>

Com efeito, na atualidade, os sindicatos profissionais, embora pouco representativos, ao sentarem em uma mesa de negociação, contam com um piso mínimo de direitos, garantidos pela legislação trabalhista, que permite que a negociação possa avançar para alcançar a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, princípio norteador do próprio Direito do Trabalho, conforme estabelecido no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Sem a garantia desse patamar, os sindicatos, ao invés de adotarem uma posição ativa, de reivindicação, correriam o risco de se manterem na defensiva, para tentar preservar pelo menos os direitos já estabelecidos na CLT.

Não se desconhece o princípio da paridade dos entes coletivos, vigente no Direito Coletivo do Trabalho. Todavia, para que os sindicatos profissionais e as empresas possam negociar em condições de efetiva igualdade, mister se faz o fortalecimento do sistema sindical, por meio de uma reforma capaz de extinguir os antigos traços do corporativismo, e de colocar o Brasil em posição de autêntica liberdade sindical, em consonância com as orientações traçadas nas Convenções 87 da Organização Internacional do Trabalho, ainda não ratificada pelo Brasil.

Somente implementada a reforma, os sindicatos profissionais poderão se organizar para fazer frente ao inegável poder econômico do capital, cada vez mais horizontalizado e disperso por meio de redes de produção, a exigir a atuação cada vez mais enérgica dos sindicatos profissionais.

É fácil, pois, concluir que o sindicalismo no Brasil ainda não se fortaleceu o suficiente para lidar com semelhante modelo de flexibilização, sendo necessária uma profunda reforma sindical antes de se trilhar esse caminho.

#### 4. CONCLUSÃO

Embora sedutores os argumentos a favor da prevalência do negociado sobre o legislado, tal questão desafia uma análise mais profunda de sua constitucionalidade, diante do princípio da melhoria das condições sociais expresso no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Ademais, não se pode admitir a ampla possibilidade de derrogação das normas heterônomas estatais por meio da negociação coletiva sem a prévia e necessária reforma sindical, eliminando-se os traços do corporativismo ainda presentes no nosso ordenamento jurídico, sob pena de precarização das condições de trabalho.

Ora, admitir-se a negociação *in pejus* em um contexto de fragilidade sindical, culmina por enfraquecer ainda mais os sindicatos, que, sem um piso mínimo de direitos assegurados pela legislação heterônoma estatal, ficarão muito mais vulneráveis à ação do capital, mormente em situações de crises sócio-econômicas, cada vez mais comuns, bem como diante de um contexto de crescente horizontalização da atividade econômica, que se dispersa em redes de produção cada vez mais pulverizadas.

9. Ibid.

#### 5. REFERÊNCIAS

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 4. ed.. São Paulo : LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed.. São Paulo : LTr, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo coletivo do trabalho*. 4. ed.. São Paulo : LTr, 2009.

NASCIMENTO, Arauri Mascaró. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed.. São Paulo : LTr, 2009.

PEREIRA, João Batista Brito. *Notas sobre a flexibilização do direito do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº 2, abr/jun 2002

VIANA, Márcio Túlio. *Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT)*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg. - Belo Horizonte, 34 (64): 155-159, jul./dez.2001

JULIANA FERREIRA DE MORAIS AZEVEDO

Juíza Substituta do TRT-2  
Representante da Circunscrição da Baixada Santista da AMATRA-2

## OS IMPACTOS DA TERCEIRIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DO TOMADOR DE SERVIÇOS

**Resumo:** O presente trabalho tem por objeto o estudo da terceirização no Brasil. Inicialmente, faz-se um exame do conceito do fenômeno, a fim de delimitar seu alcance. Em seguida, examinam-se os principais impactos da terceirização nos contratos de trabalho, a partir de dados fornecidos por pesquisas de relevância na área, sobre temas como salários, jornada, tempo de permanência de emprego, condições de trabalho e organização sindical dos trabalhadores terceirizados. Por fim, analisa-se a Lei nº 13.429/2017 – que dispõe sobre relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros -, com enfoque no aspecto da constitucionalidade da terceirização de serviços relacionados à atividade-fim do contratante, notadamente em face dos princípios da dignidade da pessoa e do valor social do trabalho aos terceirizados (artigos 1º, III e IV, da CF/88).

**Palavras-chave:** Terceirização. Regulamentação. Dignidade da Pessoa Humana

### 1. INTRODUÇÃO

O modelo toyotista de produção ganhou impulso no Brasil em 1990, com a abertura do país para o mercado externo.

A disseminação do toyotismo trouxe consigo a terceirização de serviços - principal estratégia de gestão do trabalho do referido modelo de produção -, causando perplexidade aos operadores do direito, que se viram diante do desafio de absorver tal fenômeno sócio-econômico e disciplinar seus principais efeitos jurídicos.

O presente estudo pretende demonstrar os impactos nefastos da terceirização nos contratos de trabalho, com o propósito de manter essa forma de contratação como excetiva - restrita às hipóteses de especialização da produção -, procurando, assim, conciliar os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV, da CF/88), com o princípio da liberdade de iniciativa.

Para tanto, parte-se da análise de dados a respeito da terceirização, apurados em relevantes estudos; bem como da Lei nº 13.429/2017 – que dispõe sobre relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros -, com enfoque no aspecto da constitucionalidade da terceirização de atividade-fim do contratante.

### 2. TERCEIRIZAÇÃO. CONCEITO

A terceirização, conhecida também como desverticalização, exteriorização, filialização, reconcentração, focalização, parceria, colocação de mão de obra, intermediação de mão

de obra, contratação de serviço ou contratação de trabalhador por interposta pessoa<sup>1</sup>, designa fenômeno pelo qual há transferência de atividades entre empresas distintas, por meio de contrato de natureza civil celebrado entre elas.

Trata-se de neologismo com a palavra terceiro, proveniente da área de administração de empresas, pelo qual se pretende designar a transferência de atividades da empresa principal para empresas menores, terceiras em relação à principal<sup>2</sup>.

Segundo José Cairo Júnior, terceirização constitui “procedimento adotado pela empresa que transfere a outrem a execução de uma parcela de sua atividade permanente ou esporádica, dentro ou além dos limites do seu estabelecimento, com a intenção de melhorar a sua competitividade, produtividade e capacidade lucrativa”<sup>3</sup>.

Também ressaltando o caráter da transferência de atividades entre empresas, Arnaldo Süssekind informa que a terceirização é o termo pelo qual ficou conhecida “a horizontalização da produção de bens ou serviços, mediante contratação de pessoas físicas ou jurídicas especializadas em determinados segmentos da empresa contratante”<sup>4</sup>.

Terceirização, portanto, é o epíteto que designa a transferência de atividades da grande empresa para empresas menores, que, por sua vez, têm a incumbência de contratar, remunerar e treinar trabalhadores que atuarão em benefício da grande empresa, no bojo de relação triangular, que se desenvolve entre empregado, empresa prestadora de serviços e empresa tomadora ou cliente.

Realçando o aspecto trilateral da terceirização, Maurício Godinho Delgado afirma que

[...] terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justaltrabalhista que lhe seria correspondente.

Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justaltrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de

1. CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. – 5. ed.- Niterói: Impetus, 2011, p. 509

2. DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*. – 10 ed. - São Paulo : LTr, 2011, p. 426

3. CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho : direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. – Salvador, 2010, p. 311

4. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 227

trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata esse obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.<sup>5</sup>

Verifica-se, pois, que a terceirização implica a ruptura do modelo bilateral clássico da relação empregatícia - empregado-empregador -, com a inserção de um terceiro nessa relação jurídica.

Tal ocorre por meio de um processo de desconcentração da grande empresa - que detém os meios de produção e possui condições técnico-econômicas para arcar com os riscos do negócio -, com a transferência de parcela de suas atividades para empresas menores, cujo único capital, muitas vezes, é a exploração do trabalho humano que coloca a serviço da empresa tomadora.

Fácil concluir que o modelo triangulado de contratação coloca em risco todo o arcabouço principiológico e normativo trabalhista, trazendo “graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o direito do trabalho”<sup>6</sup>

Por importar em ruptura do modelo de contratação previsto na CLT e na Constituição Federal, deve a terceirização ser considerada forma excetiva de arregimentação da força de trabalho, sob pena de completo desvirtuamento de todo o sistema de proteção erigido para tutelar o trabalhador, parte mais vulnerável da relação empregatícia.

### 3 Principais impactos da terceirização nos contratos de trabalho no Brasil

A terceirização é o principal produto do modelo toyotista de produção.

Tal modelo de produção se estrutura a partir da redução dos quadros funcionais da grande empresa, a qual expele de seu processo produtivo todos os empregados que exercem funções acessórias ao objetivo do empreendimento empresarial, mantendo apenas aqueles indispensáveis à consecução de sua atividade-fim.

A justificativa desse enxugamento é a de permitir à empresa se dedicar de forma primordial à sua atividade-fim, aumentando a produtividade e a qualidade de seus produtos, à medida em que se vale de prestadoras de serviços especializadas para o desempenho de atividades acessórias à dinâmica de seu empreendimento.

Nesse contexto, os empregados expurgados dos quadros funcionais da grande empresa são recontraçados por empresas menores, prestadoras de serviços, responsáveis por registrá-los e remunerá-los, sendo, posteriormente, reaproveitados pela grande empresa, na condição de terceirizados.

5. DELGADO, Maurício, *op. cit.*, p. 426

6. DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 426.

Acerca desse processo, Ricardo Antunes afirma:

[...] no toyotismo tem-se uma horizontalização, reduzindo-se o âmbito de produção da montadora e estendendo-se às subcontratadas, às ‘terceiras’, a produção de elementos básicos, que no fordismo são atributos das montadoras. Essa horizontalização acarreta também, no toyotismo, a expansão desses métodos e procedimentos para toda a rede de fornecedores<sup>7</sup>.

Todavia, passadas algumas décadas da adoção da terceirização no Brasil, que se intensificou no cenário social entre nós a partir de 1990, colhem-se resultados desastrosos para os contratos de trabalho, podendo-se citar redução do padrão salarial, maior rotatividade, aumento nos índices de acidente de trabalho, discriminação e desagregação da noção de classe operária dos trabalhadores terceirizados, dentre outros impactos.

Os aspectos deletérios da subcontratação de trabalhadores também são mencionados por Ricardo Antunes, que ressalta dentre eles:

a precariedade do emprego e da remuneração; a desregulamentação das condições de trabalho em relação às normas legais vigentes ou acordadas e a conseqüente regressão dos direitos sociais, bem como a ausência de proteção e expressão sindicais, configurando uma tendência à individualização extrema da relação salarial<sup>8</sup>.

O dossiê elaborado pelo DIEESE/CUT<sup>9</sup>, em setembro de 2011, a respeito dos impactos da terceirização no Brasil, traz dados estarrecedores acerca da precarização dos direitos dos trabalhadores terceirizados em diversos setores da economia.

A partir de dados levantados pela FUP (Fundação Única dos Petroleiros), mencionados no dossiê DIEESE/CUT, apurou-se que 98% das empresas que terceirizam serviços o fazem unicamente por redução de custos, sendo que apenas 2% utilizam o instituto da terceirização em busca de especialização técnica<sup>10</sup>.

Ora, esse percentual evidencia a deturpação do mecanismo da terceirização, que tem sido usado, no mais das vezes, como forma de reduzir drasticamente custos, por meio da precarização dos direitos laborais, “através de baixíssimos salários, altas jornadas e pouco ou nenhum investimento em melhoria das condições de trabalho”<sup>11</sup>.

Tal situação é preocupante, já que os trabalhadores ter-

7. ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, p. 46

8. Idem, p. 64

9. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. São Paulo: DIEESE/CUT, 2011. Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>. Acesso em: 25/02/2016

10. Idem

11. Idem

ceirizados ocupam 25,5% do mercado formal de trabalho<sup>12</sup>, cabendo ressaltar que essa fatia pode ser ainda maior, eis que nesse setor muitos trabalhadores ainda permanecem na informalidade.

Segundo os dados do DIEESE, a mão-de-obra terceirizada é constituída, precipuamente, por grupos mais vulneráveis como mulheres, negros, jovens, migrantes e imigrantes<sup>13</sup>, o que traz um relevante impacto social, já que, pelas condições precárias de trabalho, há um aprofundamento da vulnerabilidade de tais grupos.

Ademais, constatou-se no dossiê DIEESE/CUT que os trabalhadores terceirizados, em 2010, ganharam 27,1% menos que os empregados contratados diretamente<sup>14</sup>.

Acerca do aspecto salarial, Márcio Pochmann, analisando dados do Ministério do Trabalho e Emprego do período de 1995 a 2010, concluiu, em pesquisa encomendada pelo SINDEEPRES – Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros no Estado de São Paulo – que os terceirizados percebem apenas a metade dos rendimentos auferidos por um trabalhador contratado diretamente em São Paulo<sup>15</sup>.

O **desnível salarial** demonstrado nas pesquisas decorre da própria lógica do sistema, eis que, por meio da terceirização, se introduz um intermediário entre empregado e tomador de serviços, intermediário esse que retira sua fatia de lucro justamente do achatamento dos salários dos terceirizados.

Com efeito, a terceirização, pela lógica mercadológica, somente se revela lucrativa para o empresário se o custo da contratação do trabalhador terceirizado for inferior àquele que teria caso o trabalhador fosse contratado diretamente. Desse modo, a fatia destinada à remuneração desse trabalhador terceirizado terá que ser menor que a seria gasta contratando-o diretamente, para compensar a adoção do sistema. Dessa remuneração, já inferior pelas razões explicitadas, ainda é subtraído o ganho da empresa terceirizada, responsável por colocar a mão-de-obra no mercado.

A inferioridade salarial dos terceirizados constatada nos estudos supramencionados impacta sobre todas as demais verbas calculadas com base no salário, como advertem Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, ao afirmarem que:

Essa redução do nível remuneratório do trabalhador terceirizado impacta negativamente o poder de compra do salário, com repercussão negativa proporcional sobre todos os demais direitos patrimoniais incidentes sobre a remuneração (décimo terceiro, férias acrescidas do terço constitucional, FGTS, adicionais, gratificações, etc.), precarizando substancialmente a condição social do trabalhador<sup>16</sup>.

12. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. *cit.*

13. Idem

14. Idem

15. POCHMANN, Márcio. *Sindeepress, trajetória da terceirização*. Disponível em: <<http://sindeepress.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em 26/02/2016

16. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos, *Os limites constitucionais da terceirização*, p. 108

Cabe salientar que a redução dos ganhos do trabalhador terceirizado, além de causar empobrecimento à classe operária, que vive dos seus salários, gera também custos sociais inegáveis, à medida em que aumenta a concentração de renda, além de reduzir a arrecadação fiscal e previdenciária, prejudicando, portanto, a sociedade como um todo.

Em relação à **jornada de trabalho**, o dossiê do DIEESE/CUT demonstrou que os trabalhadores terceirizados realizam “jornada de 3 horas a mais semanalmente”, concluindo que “se a jornada dos trabalhadores terceirizados fosse igual à jornada de trabalho daqueles contratados diretamente, seriam criadas cerca de 801.383 vagas de trabalho a mais”<sup>17</sup>.

Tal conclusão, por si só, demonstra a falácia do argumento de que a terceirização gera mais empregos. Ao contrário, considerando a sobrejornada a que os trabalhadores terceirizados estão sujeitos, o que existe, de fato, é uma redução do número de postos de trabalho, com o aumento e a intensificação da jornada, gerando maior risco de adoecimentos relacionados ao labor.

Aliás, a redução dos postos de trabalho é própria do sistema toyotista, do qual a terceirização é produto, como salientado por Ricardo Antunes, ao afirmar que “o toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado”<sup>18</sup>.

Outro efeito deletério da terceirização é a **redução do tempo de permanência no emprego e aumento da rotatividade** da mão-de-obra terceirizada. Segundo o dossiê DIEESE/CUT, “a permanência no trabalho é de 5,8 anos para os trabalhadores diretos, em média, para os terceiros é de 2,6 anos. Desse fato decorre a alta rotatividade dos terceirizados – 44,9% contra 22% dos diretamente contratados”<sup>19</sup>.

Márcio Pochmann, analisando dados de São Paulo no estudo encomendado pelo SINDEEPRESS, o tempo médio de permanência no posto de trabalho é de cerca de 18 meses, o que equivale a um ano e meio de contratação. Ressalta, ainda, “a concentração dos contratos formais de curta duração nas empresas de terceirização. No ano 2000 havia 58% do estoque de trabalhadores terceirizados com contrato de trabalho com menos de 12 meses na mesma empresa”<sup>20</sup>.

Ora, a redução do tempo de permanência no emprego dos trabalhadores terceirizados agride diretamente todo o arcabouço constitucional e legal de proteção ao trabalho, notadamente o princípio de continuidade da relação de emprego, inserto no artigo 7º, I, da Constituição Federal.

Ressaltando a importância da continuidade da relação de emprego, Maurício Godinho Delgado afirma que apenas mediante a “permanência e integração [do trabalhador] é que a ordem justtrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e geren-

17. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. *cit.*

18. ANTUNES, Ricardo, *op. cit.*, p. 47

19. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. *cit.*

20. POCHMANN, Márcio. *Sindeepress, trajetória da terceirização*, *cit.*

ciamento da força de trabalho em determinada sociedade”<sup>21</sup>.

É cediço que quanto maior o tempo de trabalho de um empregado em uma determinada empresa, maiores tendem a ser os salários e os benefícios incorporados ao contrato de trabalho, donde se conclui que a alta rotatividade dos terceirizados também conspira para rebaixar os níveis salariais desses empregados.

Além disso, o tempo de duração do contrato de trabalho (ou pelo menos a expectativa de continuidade da relação laboral) costuma ser diretamente proporcional à quantidade de treinamentos e cursos ministrados ao trabalhador, conspirando para o seu aperfeiçoamento profissional, o que também resta frustrado para os terceirizados, pelo baixo tempo de permanência deles no emprego.

Ademais, a alta rotatividade gerada pela terceirização acarreta sucessivos períodos de desemprego, o que, além de causar danos à vida pessoal do trabalhador, pela instabilidade que essa situação gera, ainda produz custo social significativo pelo aumento da demanda de seguro-desemprego, bem como pela redução das contribuições vertidas para a Previdência Social, do recolhimento de impostos, bem como dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim chamam atenção ainda para outra decorrência da alta rotatividade e do baixo tempo de permanência dos empregados terceirizados, qual seja, a perda do gozo efetivo das férias, direito constitucional relacionado ao lazer e à recomposição das energias do trabalhador, necessário à higidez física e mental. Nesse sentido, afirmam:

[...] esses trabalhadores que têm seus contratos sucessivamente extintos antes de completar um ano de trabalho, não chegam a adquirir o direito às férias anuais remuneradas. Mesmo aqueles que têm seus contratos extintos ao final de cada ano de trabalho, apesar de adquirirem o direito às férias, na forma do artigo 130 da CLT, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos, que compreendem o período concessivo dessas férias, terminam por não usufruí-las, esvaziando sobremaneira a eficácia do direito previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição, direito este voltado à regeneração física e mental e à promoção do convívio social e familiar<sup>22</sup>.

Outro fator de precarização em relação aos trabalhadores terceirizados ocorre no momento da rescisão contratual, em que muitos empregados são abandonados à própria sorte, sem o pagamento das verbas rescisórias e dação de guias necessárias ao saque do FGTS e à habilitação junto ao seguro-desemprego.

Com efeito, as empresas prestadoras de serviços, no mais das vezes, não têm sólida capacidade financeira, sendo a exploração do trabalho humano - colocado a serviço do tomador de mão-de-obra - seu maior capital. Dessa forma, dependem do contrato civil mantido com a tomadora para pagar os

21. DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 202

22. Delgado, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos, *op. cit.*, p. 107

direitos dos trabalhadores e extrair seu lucro.

Fácil é, pois, concluir que, quando há encerramento do contrato mantido com a tomadora, a prestadora de serviços, via de regra, fica sem lastro financeiro, gerando a **inadimplência das verbas rescisórias** devidas aos seus empregados e simplesmente some do cenário, deixando os trabalhadores ao desamparo.

Essa situação é ainda mais comum em se tratando de empresas que prestam serviços aos entes públicos, eis que a escolha se dá por meio de processo de licitação, normalmente sob o critério do menor preço, de modo que muitas prestadoras de serviços, para se sagrarem vencedoras, estipulam valores insuficientes para o correto pagamento dos direitos trabalhistas da mão-de-obra contratada, gerando inadimplência em relação aos terceirizados. Tal situação é bem enfatizada no dossiê do DIEESE/CUT, ao afirmar que muitas empresas prestadoras de serviços dos entes públicos:

“são criadas exclusivamente com este objetivo, apresentam valores de contrato abaixo dos valores necessários para cumprimento das obrigações trabalhistas cabíveis em processos rescisórios, ou seja, os chamados preços inexecutáveis. O resultado desta prática para os trabalhadores é o desemprego repentino, acompanhado da falta de pagamento”<sup>23</sup>.

Mais uma vez a lucratividade advinda com a terceirização ocorre pela repartição dos custos com os trabalhadores (parte diretamente lesada) e com a sociedade e o Estado, que observa a multiplicação de demandas trabalhistas motivadas pelo inadimplemento, por parte das prestadoras de serviços, das verbas contratuais e rescisórias devidas aos terceirizados.

Nesse sentido, arguta a observação de Márcio Pochmann, ao afirmar que “a flexibilidade para contratar tornou-se o imperativo da **concentração de resultados e socialização de prejuízos** impulsionados pela reestruturação empresarial” (destaques nossos)<sup>24</sup>.

Outro impacto decisivo da terceirização nos contratos de trabalho dos terceirizados é a drástica **piora nas condições de saúde e segurança do trabalho**. Segundo o dossiê DIEESE, dados divulgados em 2005 pelo Ministério do Trabalho e Emprego “indicam que de cada dez acidentes de trabalho ocorridos no Brasil, oito são registrados em empresas terceirizadas e nos casos em que há morte, quatro entre cinco ocorrem em empresas prestadoras de serviço”<sup>25</sup>.

Em setores perigosos, os dados são ainda mais alarmantes, conforme o dossiê DIEESE/CUT, que faz referência a estudo da subseção do Dieese do Sindieletrô Minas Gerais, realizado em 2010, o qual revela “que entre 2006 e 2008, mor-

23. **Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha**, *cit.*, p. 14

24. POCHMANN, Márcio. **Sindeepress, A Modalidade empresarial na terceirização da mão de obra**. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/empresarial2.pdf>> Acesso em 27/02/2016.

25. **Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha**, *cit.*

reram 239 trabalhadores por acidente de trabalho, dentre os quais 193, ou 80,7% eram trabalhadores terceirizados”, bem como que “a taxa de mortalidade média entre os trabalhadores diretos no mesmo período foi de 15,06 enquanto que entre trabalhadores terceirizados foi de 55,53”<sup>26</sup>.

As causas do expressivo índice de sinistralidade envolvendo trabalhadores terceirizados decorrem da dinâmica da subcontratação de serviços. Com efeito, no mais das vezes, o trabalho dos terceirizados se desenvolve nas dependências da empresa tomadora, o que dificulta a adoção de condutas preventivas por parte da prestadora de serviços, que não tem ingerência quanto às medidas de saúde e segurança adotadas no âmbito da tomadora.

Já a tomadora de serviços, via de regra, não se preocupa em adotar medidas de prevenção em relação aos empregados da prestadora de serviços, mesmo estando obrigada a fazê-lo, por força do item 24.6.1 da Norma Regulamentadora nº 24 do Ministério do Trabalho e do artigo 5º-A, § 3º, da Lei nº 13.429/2017.

Ademais, outro fator que contribui para a eclosão das estatísticas alarmantes de acidentes de trabalho com empregados terceirizados é o fato de que as prestadoras de serviços normalmente têm reduzida capacidade econômica e tecnológica para o adequado gerenciamento das condições de risco do meio ambiente laboral, operando-se verdadeira transferência de riscos do empreendimento em prejuízo dos trabalhadores terceirizados<sup>27</sup>. A tomadora de serviços, ao contrário, possui maior capacidade financeira, e muitas vezes um nome a zelar no mercado consumidor, o que faz com que adote medidas adequadas para prevenir acidentes de trabalho em relação aos seus empregados diretos, olvidando-se, porém, dos terceirizados.

Ademais, também influi no incremento das estatísticas de acidentes de trabalho envolvendo trabalhadores terceirizados a circunstância de tais trabalhadores ocuparem os serviços mais perigosos e precários<sup>28</sup>, com maior risco de sinistralidade.

Essa situação de insegurança no trabalho afeta não apenas os trabalhadores diretamente envolvidos, mas também toda a sociedade, tratando-se de relevante questão de saúde pública, eis que os trabalhadores terceirizados acidentados no trabalho acabam por pressionar o Sistema Público de Saúde e incrementar o número de benefícios previdenciários concedidos.

Além de todos os aspectos já analisados, a terceirização também produz outro efeito prejudicial: a **fragmentação da organização sindical**, com perda da identidade de classe e do vínculo de solidariedade existente entre os trabalhadores terceirizados.

Com efeito, no modelo de produção fordista, os trabalhadores estavam alocados no mesmo local de trabalho - a grande empresa vertical -, dividindo as alegrias e os dissabores do cotidiano laboral. Esse compartilhamento de experiências propiciava a identificação de classe e a união dos trabalhado-

26. *Idem*

27. **Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha**, *cit.*

28. **Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha**, *cit.*

res para fazer frente às investidas do capital, fortalecendo a atuação sindical.

Todavia, o modelo toyotista de produção rompeu com esse paradigma da fábrica vertical, que encerrava em si mesma todo o processo produtivo, substituindo-a pelo modelo horizontal de produção, no qual a grande empresa expõe de seu processo produtivo os trabalhadores que exercem atividades acessórias ao objeto principal do empreendimento, mantendo em seus quadros o número de empregados minimamente necessário para consecução de sua atividade-fim.

Os trabalhadores dispensados pela grande empresa são absorvidos por empresas menores, prestadoras de serviço, que por sua vez coloca a mão-de-obra especializada à disposição da grande empresa, destinatária dos serviços, porém agora não mais como empregados diretamente contratados da tomadora e sim como terceirizados.

Ora, esse processo provoca evidente fragmentação dos trabalhadores terceirizados enquanto categoria, já que, no mais das vezes, laboram dentro das dependências dos tomadores de serviço, longe, portanto, dos demais colegas de trabalho terceirizados, dispersos entre diversos tomadores.

A pulverização dos trabalhadores terceirizados dificulta a organização sindical que, enfraquecida, não consegue negociar melhores condições de trabalho e remuneração, o que aprofunda a desigualdade, que se percebe claramente pelo padrão reduzido de salários e benefícios da categoria dos terceirizados.

Por outro lado, a desigualdade do tratamento dispensado aos terceirizados no tocante à remuneração, benefícios e condições de trabalho dificulta a criação de laços de solidariedade com os empregados diretamente contratados pela tomadora, eis que, não obstante compartilhem o mesmo ambiente de trabalho, estão submetidos a realidades bem distintas.

Cabe ressaltar que essa desigualdade de condições laborais gera discriminação dos trabalhadores terceirizados em razão do menor padrão remuneratório e de benefícios, da baixa qualificação e da inferioridade da função exercida, que passam a ser tratados em seu próprio local de trabalho como “cidadãos de segunda classe”<sup>29</sup>, em insustentável violação aos princípios da isonomia e não discriminação albergados constitucionalmente.

Após a análise dos impactos dramáticos da terceirização nos contratos de trabalho, concordamos com Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim ao classificar tais relações triangulares de trabalho “regime paralelo de emprego rarefeito”, o qual:

apesar da roupagem formal, mediante registro e observância esquemática de direitos trabalhistas, padece de déficit de efetividade normativa, por uma intensidade e por uma qualidade protetiva muito inferior ao padrão constitucionalmente assegurado às relações de emprego diretas, firmadas entre o obreiro e o tomador de serviços<sup>30</sup>.

29. **Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha**, *cit.*

30. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos, *op. cit.*, p. 106

Embora a terceirização seja um fenômeno irreversível, eis que decorre de um modelo de produção largamente difundido no mundo cada vez mais globalizado, é preciso limitar os efeitos perversos e a precarização dos contratos de trabalho terceirizados.

Ainda que não seja possível, como advertem Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, “a recuperação, nesse modelo de contratação trabalhista, do mesmo nível de proteção do emprego direto, socialmente protegido pela Constituição, senão pela própria cessação do modelo de intermediação de mão-de-obra”, eis que a precarização, em maior ou menor grau, é inerente à lógica do mercado da terceirização<sup>31</sup>, pode-se avançar muito no sentido de restringir ao máximo as hipóteses de subcontratação de trabalhadores, admitindo-a apenas nas atividades-meio, e, ainda assim, mediante regulamentação exaustiva das condições de trabalho, com vistas a garantir a máxima efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho para os trabalhadores abrangidos por esse modelo de contratação.

#### 4. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E A LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017.

Diante dos impactos deletérios da terceirização nos contratos de trabalho, examinados no tópico anterior - dentre os quais podem ser citados redução do padrão salarial, maior rotatividade, aumento nos índices de acidente de trabalho, discriminação e desagregação da noção de classe operária dos trabalhadores terceirizados, dentre outros -, surgem opiniões divergentes dentre aqueles que enfrentam o fenômeno com olhar social.

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior defende a cessação da terceirização em serviços permanentes, por entender não caber “ao direito adaptar-se às injustiças e sim servir como instrumento efetivo de combate a todo tipo de redução da dignidade humana”<sup>32</sup>. Prossegue aduzindo que:

Uma terceirização, ou seja, a transferência de atividade de que é indispensável à realização empresarial, de forma permanente - seja ela considerada meio ou fim, pouco importa - não pode, simplesmente, transferir-se a terceiro, sem que se aplique a tal negócio jurídico a regra de definição do empregador fincada no artigo 2º, da CLT, isto é, a consideração de que aquele que se utiliza de trabalhador subordinado e que assume os riscos da atividade econômica é o real empregador, sendo este, no caso, evidentemente, a dita empresa “tomadora” dos serviços.

De fato, o arcabouço normativo juslaboral foi erigido a partir do modelo da relação bilateral de emprego, em que o empregador exercia simultaneamente seu papel no plano formal (signatário da CTPS do obreiro) e material (beneficiário direto da mão-de-obra). Ora, a inserção de um terceiro na relação laboral inegavelmente importa em ruptura do paradigma nor-

mativo, trazendo “graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o direito do trabalho”<sup>33</sup>

Todavia, não se pode ignorar que a terceirização decorre de um modelo de produção largamente difundido em escala global, com capilaridade em diversos setores da economia. Os efeitos, portanto, de coibir seu uso no Brasil seriam desastrosos, mormente levando-se em consideração a facilidade com que as empresas e os recursos financeiros se deslocam de um país para outro em tempos modernos.

Ademais, cabe lembrar a célebre lição do jurista francês Georges Ripert, de que “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”<sup>34</sup>. Ora, na atualidade, uma regulamentação excessivamente restritiva, a ponto de considerar ilícita a terceirização em todo e qualquer serviço permanente da empresa por certo perderia a eficácia social e seria sistematicamente ignorada pelos destinatários da norma.

Dessa forma, não sendo possível reverter o fenômeno sócio-econômico da terceirização, cabe ao Direito disciplinar seus efeitos jurídicos, a fim de coibir a precarização dos contratos de trabalho terceirizados.

Ainda que não seja possível manter idêntico padrão de proteção em relação aos empregos diretos, eis que a precarização, em maior ou menor grau, é inerente à lógica do mercado da terceirização<sup>35</sup>, pode-se avançar muito no sentido de restringir de forma significativa a terceirização de serviços, admitindo-a apenas nas atividades-meio, com intermediação de prestadoras de serviços especializadas, além de regulamentar as condições de trabalho, a fim de garantir a máxima efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social para os trabalhadores abrangidos por esse modelo de contratação.

Só assim pode-se efetivamente conciliar o princípio da liberdade de iniciativa, sem anular o princípio da dignidade dos trabalhadores terceirizados, bem como os direitos e garantias conquistados ao longo de anos de evolução do Direito do Trabalho.

Encampando esse posicionamento, o Tribunal Superior do Trabalho uniformizou sua jurisprudência, por meio da Súmula nº 331, a qual, a respeito do tema, prevê nos itens I, II e III que:

- I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
- II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
- III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a

33. DELGADO, Maurício Godinho, *op cit.*, p. 426.

34. RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo: Editora Red Livros, 2002, p. 33

35. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos, *op. cit.*, p. 111

de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Depreende-se, pois, que o critério adotado pelo TST para concluir acerca da licitude ou ilicitude da terceirização foi o de saber se os serviços transferidos à empresa prestadora de serviços se inseriam na atividade-meio ou fim da empresa tomadora de serviços ou cliente.

Na primeira hipótese, segundo a dicção da Súmula nº 331, a terceirização seria válida, desde que inexistente pessoalidade e subordinação direta com o tomador de serviços. Já no segundo caso, a triangulação afigurar-se-ia ilícita, por representar mera intermediação de mão-de-obra, autorizando o reconhecimento de vínculo direto com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário, bem como de intermediação ilícita de mão-de-obra praticada por ente público, em face da regra inscrita no artigo 37, II, da CF.

Cabe salientar que, em relação à distinção entre atividade-fim e atividade-meio, o Tribunal Superior do Trabalho se inspirou na disciplina legal da própria Administração Pública (Decreto-lei nº 200/67 e Lei nº 5.645/70), aplicada analogicamente ao setor privado, não havendo falar em atuação legiferante do Poder Judiciário.

Com efeito, o § 7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200/67 dispõe, *in verbis*:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Da exegese legal, percebe-se, facilmente, que os entes públicos devem manter a execução direta das atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle - consideradas essenciais ou finalísticas em relação a si -, reservando à contratação indireta via terceirização apenas as tarefas executivas ou acessórias.

Ressalte-se que o legislador ordinário, no âmbito da administração pública, endossou o critério adotado na Súmula nº 331, I e III, do C. TST, culminando com a revogação do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 5.645/70 pela Lei nº 9.527/97, e com a expedição do Decreto nº 2.271/97 pela Presidência da República, cujo artigo 1º ora se transcreve:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instru-

mentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (destaques nossos)

A distinção entre atividade-fim e atividade-meio, pois, longe de ser arbitrária, está amparada em aplicação analógica do Decreto-lei 200/67 e da Lei nº 5.645/70, sendo critério de inegável valia, por restringir a expansão desregulada da terceirização.

Embora o critério jurisprudencialmente adotado para diferenciar terceirização lícita da ilícita seja aberto, atraindo críticas por esse motivo, entendemos que tal situação não acarreta nenhum prejuízo social. Ao contrário, trata-se de recurso largamente utilizado pelo legislador ordinário, por meio das cláusulas gerais, conferindo dinamicidade e adaptabilidade ao Direito. Falando a respeito do tema, Flávio Tartuce afirma que “adota o atual Código Civil um sistema de cláusulas gerais, pelo qual por diversas vezes é o aplicador do Direito convocado a preencher janelas abertas pelo legislador, de acordo com a equidade, o bom senso”<sup>36</sup>.

Ora, a ausência de delimitação precisa do conteúdo e alcance das expressões atividade-fim e atividade-meio ajusta-se à própria dinâmica do fenômeno sócio-econômico regulado, eis que, a se adotar conceito fechado a respeito da matéria, a disciplina legal rapidamente restaria superada pela celeridade na alteração dos fatos sociais.

Ressalte-se que a terceirização, enquanto produto do modelo toyotista, somente encontra justificativa minimamente plausível do ponto de vista da especialização técnica caso a subcontratação envolva tarefas meramente acessórias ao processo produtivo da grande empresa, a fim de permitir que esta concentre esforços em sua atividade-fim ou *core business*.

Todavia, na contramão dos anseios sociais, foi promulgada a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros.

No que pertine à terceirização permanente, o referido diploma legal regulamenta a terceirização de serviços, estendendo-a, de forma irrestrita, para todas as atividades da empresa.

Com efeito, os artigos 4º-A e 5º-A, *caput*, definem empresa prestadora de serviços e contratante nos seguintes termos:

“Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

36. TARTUCE, Flávio, *Direito Civil, 1 : Lei de introdução e parte geral* - 6. ed. - São Paulo: Método, 2010, p. 31

[...]

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos”.

Da leitura dos dispositivos legais supratranscritos, constata-se que a Lei 13.429/2017 não fez qualquer distinção em relação aos serviços passíveis de terceirização, se inerentes ou acessórios ao objeto social da empresa tomadora, abandonando o caminho até então trilhado pela jurisprudência do C. TST, no sentido de restringir a terceirização das atividades-fim do contratante.

A permissão legal à terceirização de atividade-fim do contratante trata-se de inegável retrocesso social.

Isso porque a subcontratação de atividades essenciais e inerentes à dinâmica do empreendimento, tal como disciplinado pela Lei nº 13.429/2017, esvazia completamente a justificativa técnica que tem sido atribuída à terceirização desde os primórdios de sua inserção no sistema capitalista, qual seja, a de aumentar a produtividade e qualidade dos produtos e serviços ofertados ao consumidor, pela dedicação da empresa a sua atividade principal.

A transferência de atividade-fim da tomadora de serviços não encontra outra motivação que não seja a obtenção de lucro com a exploração agressiva do trabalho humano, em nítida locação de mão-de-obra.

Ora, tal situação afronta os mais comezinhos princípios de Direito do Trabalho, encontrando óbice, no plano internacional, na própria Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia), ao estabelecer que “trabalho não é uma mercadoria”<sup>37</sup>.

Ainda que a terceirização de serviços não seja um fenômeno propriamente jurídico, mas sim sócio-econômico, cabe ao operador do direito disciplinar os seus efeitos, a fim de compatibilizar a adoção de semelhante técnica de gestão do trabalho com o ordenamento jurídico pátrio, que concilie o valor social do trabalho e a livre iniciativa, ambos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da CRFB/88).

O modelo triangulado de contratação quebra a bilateralidade clássica da relação empregatícia e causa graves distorções no sistema laboral de proteção, tendo sido responsável por sensível deterioração das condições de remuneração e trabalho de fatia considerável da população ativa, conforme retro mencionado, acarretando para os terceirizados a redução do padrão salarial, maior rotatividade, aumento nos índices de acidentes e moléstias ocupacionais, discriminação no trabalho e desagregação da noção de classe operária, segundo dados apurados no dossiê DIEESE/CUT e desenvolvidos ao longo do tópico 3 do presente trabalho.

Por se tratar de forma excetiva de contratação, que distorce a bilateralidade inerente à relação de emprego clássica, a terceirização deve ficar restrita à hipótese de subcontratação de serviços especializados relacionados à atividade-meio do

tomador de serviços.

Desse modo, resta patente a inconstitucionalidade da Lei nº 13.429/2017, no que pertine à permissão de terceirização de serviços relacionados à atividade-fim da tomadora, eis que tal situação equipara-se à locação de mão-de-obra, o que viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o valor social do trabalho.

Cabe salientar que a terceirização de serviços relacionados à atividade-fim contraria até mesmo as justificativas de especialização técnica apresentadas desde a origem do fenômeno (que pressupõem a manutenção de um núcleo não transferível). Nesse sentido, Márcio Túlio Viana obtempera que a “terceirização leva à terciarização: no limite, a grande fábrica tende a se tornar simples gerenciadora, sem máquinas e sem operários”<sup>38</sup>.

A terceirização ampla e irrestrita das atividades do empregador - além de causar grave retrocesso ao Direito Laboral, por permitir o retorno da locação de serviços há muito superada - resulta em inegáveis prejuízos para a sociedade e para o Estado.

Quando ao prejuízo social, tal conclusão decorre do rebaixamento remuneratório acarretado pela terceirização de serviços. Ora, os empregados terceirizados também exercem o papel de consumidores dos produtos oferecidos no mercado pelas grandes empresas, retroalimentando, assim, o sistema capitalista. Por conseguinte, a redução dos níveis salariais retira do mercado de consumo grande parte da população, causando estagnação econômica e retração do mercado interno.

Conforme já salientado, Márcio Pochmann<sup>39</sup>, ao analisar dados do Ministério do Trabalho e Emprego do período de 1995 a 2010, em pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros no Estado de São Paulo - SINDEEPRES - , concluiu que os terceirizados percebem apenas a metade dos rendimentos auferidos por um trabalhador contratado diretamente em São Paulo.

A se admitir a terceirização de atividades-fim da empresa, esse rebaixamento salarial - próprio da dinâmica mercadológica da terceirização -, se estenderia para um número cada vez maior de trabalhadores, desaquecendo de forma catastrófica o mercado de consumo interno.

Ademais, não se pode deixar de mencionar a própria evasão fiscal decorrente não apenas do inadimplemento das prestadoras de serviços, mas do próprio processo de subcontratação de atividades em si.

É cediço que, no mais das vezes, a terceirização de serviços transfere parcela das atividades da grande empresa para subcontratadas com menor capacidade econômica. Nesse sentido, Márcio Pochmann afirma que:

Ao terceirizar as empresas contratantes transferem para empresas menores a responsabilidade pelos riscos do seu processo de trabalho, isto é, terceiriza-se, quarteriza-

38. VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o direito do trabalho no limiar do século XXI**, p. 6

39. POCHMANN, Márcio. *Sindeepress*, trajetória da terceirização, cit. p. 21

se, etc. os riscos impostos por sua atividade de trabalho para empresas que nem sempre têm condições tecnológicas e econômicas para gerenciá-los.<sup>40</sup>

Ao transferir atividades de uma empresa para outra - geralmente com menor capacidade econômica -, a folha de pagamento também se transfere, de modo que os tributos sobre elas incidentes serão menos volumosos, mormente considerando que grande parte das prestadoras de serviços são op-tantes do SIMPLES.

Com o deslocamento da produção da grande empresa para subcontratadas menores, é inegável que as contribuições vertidas para o Regime de Previdência Social, os impostos decorrentes da exploração da atividade econômica e os recolhimentos fundiários reduzem em substância, até mesmo diante rebaixamento salarial produzidos pela terceirização de serviços.

Nesse ponto, embora as grandes empresas continuem, na prática, explorando a atividade econômica e gerenciando a rede de subcontratadas que se aglutinam em torno de si, as diversas prestadoras de serviços de menor capacidade econômica é que figurarão como empregadoras formais, acarretando drástica evasão fiscal.

Dessa forma, cabe declarar a inconstitucionalidade da terceirização da atividade-fim da contratante, mantendo o critério distintivo da terceirização lícita e ilícita pacificado na Súmula nº 331 do TST, para considerar lícita a terceirização apenas no tocante às atividades acessórias do tomador de serviços.

### 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ressaltado, a terceirização é o principal produto do modelo toyotista de produção, que se fez notar a partir da crise capitalista de 1970.

No Brasil, o modelo toyotista tornou-se largamente difundido no cenário sócio-econômico a partir da década de 1990, com a abertura do país para o mercado externo somada ao ideário preponderante neoliberal do governo de então.

A disseminação do toyotismo trouxe consigo a terceirização de serviços - principal estratégia de gestão do trabalho do referido modelo de produção -, causando perplexidade aos operadores do direito, que se viram diante do desafio de absorver tal fenômeno sócio-econômico e disciplinar seus principais efeitos jurídicos.

Os contornos do instituto, até a promulgação da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, eram preponderantemente traçados pela Súmula nº 331 do C. TST, além de leis específicas a respeito do tema.

A Lei nº 13.429/2017 - que dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros - pouco avançou no sentido de melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores terceirizados. Ao contrário, aprofundou a precarização do trabalho, ao difundir a terceirização de serviços, de forma irrestrita, para todas as atividades da empresa.

A permissão legal à terceirização de atividade-fim do contratante trata-se de inegável retrocesso social.

Com efeito, a subcontratação de atividades essenciais e

40. Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha. cit.

inerentes à dinâmica do empreendimento, tal como disciplinado pela Lei nº 13.429/2017, esvazia completamente a justificativa técnica que tem sido atribuída à terceirização desde os primórdios de sua inserção no sistema capitalista, qual seja, a de aumentar a produtividade e qualidade dos produtos e serviços ofertados ao consumidor, pela dedicação da empresa a sua atividade principal.

A transferência de atividade-fim da tomadora de serviços não encontra outra motivação que não seja a obtenção de lucro com a exploração agressiva do trabalho humano, em nítida locação de mão-de-obra.

Ora, tal situação afronta os mais comezinhos princípios de Direito do Trabalho, encontrando óbice, no plano internacional, na própria Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia), ao estabelecer que “trabalho não é uma mercadoria”.

Dessa forma, cabe declarar a inconstitucionalidade da terceirização da atividade-fim da contratante, mantendo o critério distintivo da terceirização lícita e ilícita pacificado na Súmula nº 331 do TST, para considerar lícita a terceirização apenas no tocante às atividades acessórias do tomador de serviços.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. – 16. ed. – São Paulo : Cortez, 2015.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho : direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. – Salvador, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. – 5. ed.- Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Herder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização** – 2. ed. – São Paulo : LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. – 10 ed. - São Paulo : LTr, 2011.

POCHMANN, Márcio. **Sindeepress, a modalidade empresarial na terceirização da mão de obra**. Disponível em <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/empresarial2.pdf>>. Acesso em 27/02/2016.

\_\_\_\_\_. **Sindeepress, trajetória da terceirização**. Disponível em: <<http://sindeepress.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em 26/02/2016.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. São Paulo: Editora Red Livros, 2002

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho : a relação de emprego, volume II**. São Paulo: LTr, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TARTUCE, Flávio, Direito Civil, 1 : Lei de introdução e parte geral – 6. ed. – São Paulo: Método, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o direito do trabalho no limiar do século XXI.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, n. 37 (2000). Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1145/1078>>. Acesso em: 16 de fev. de 2016.

LAÉRCIO LOPES DA SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri

Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Professor de Direito Constitucional da Faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)

Doutorando em Direito pela Fadis/SP

## A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LOCAL DE TRABALHO E O PROCESSO DO MAIS-VALOR

Este pequeno artigo pretende trabalhar basicamente com dois temas recorrentes no meio ambiente do trabalho que suscitam dúvidas entre operadores do direito do trabalho, quais sejam, a possibilidade de o empregador se valer de gravação do empregado com o cliente para puni-lo e sobre a possibilidade de ser considerada válida prova retirada da página da internet do empregado, sem o seu consentimento.

### 1. PODE O EMPREGADOR SE VALER DE GRAVAÇÃO DA CONVERSA COM O CLIENTE PARA PUNIR O EMPREGADO?

A doutrina não é unânime na aceitação da prova ilícita no processo. Leciona Nelson Nery<sup>1</sup> que parte da doutrina postula pela aceitação da prova ilícita como válida e eficaz. Para o autor, porém, não devem ser aceitos os extremos: nem a peremptória de emprestar-se validade de eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. Segundo o autor a proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade.

Prescreve a Constituição Federal de 1988:

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em resumo, na conformidade do CPP prova ilícita seria aquela obtida com violação de normas legais e constitucionais.

Nelson Nery<sup>2</sup>, com suporte nas lições de Celso de Melo Filho, classifica as provas ilícitas da seguinte forma:

“A prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva: a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação de sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc). Há ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja ilícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao seu momento introdutório. Em suma, razões de legalidade e de

moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público”

Em tema de processo do trabalho todas as hipóteses elencadas acima podem ocorrer, contudo as questões que mais se sobressaem são aquelas que violam a privacidade do empregado, sobretudo aquelas obtidas sob constrangimento moral de ameaça constante de perda do emprego e de lhe ser negada uma promoção.

A possibilidade de gravação de conversa ou filmagem do empregado, antes mesmo de se falar em consentimento há que se falar em justificativa para tanto, visto que invade o seu direito de privacidade, portanto a constitucionalidade deve estar suportada em **intervenção justificada**. Nesse sentido jurisprudência do direito constitucional alemão cristalizou que o empregado não pode trabalhar como se tivesse em um big brother. Isso porque a invasão do seu direito de privacidade não seria justificada pela necessária filmagem.

Questão que nos parece da maior importância neste tema é o fato da preservação da autodeterminação no momento da prestação do serviço. Parece-nos óbvio que no momento da realização do trabalho o empregado mantém o seu direito de privacidade incólume já que este decorre da sua autodeterminação privada. Nesse sentido a Constituição do México de 1917 classificou os direitos trabalhistas como direitos fundamentais e a Constituição de Weimar, no art. 118, resguardou a liberdade de pensamento nas relações laborais. Isso significa que uma gravação de conversa que tinha como intuito a proteção do cliente, não pode, de maneira alguma, ser utilizada para apenar, pois quando dela se vale o que se tem é que o empregado estava sendo vigiado o tempo todo, sem qualquer justificativa, ou seja, houve uma intervenção injustificada na sua autodeterminação. A justificativa somente seria constitucional se suportada em interesse público. Se se perquirir que o empregador tem o direito de fiscalizar o trabalho do empregado, ainda que durante toda a jornada de trabalho, o debate é lançado a um lugar comum da justificativa fácil, sem lastro em direito ou direitos fundamentais potencializando o processo do *mais-valor*.

Segundo Robert Alexi<sup>3</sup>, tratando do tema da ponderação quando envolvida a dignidade humana, relata que o Tribunal Constitucional alemão tem no exame de sua jurisdição uma série de inconsistências sobre o tema? Às vezes, a Corte sina-

1. Nery Junior, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal de 1988. São Paulo – 2010. Revista dos Tribunais. 10ª edição. p.264

2. idem, p. 270.

3. Alexi, Robert; Baez, Narciso e Luiz Nery, Rogério. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Santa Catarina – Qualis . 2015, pg. 14.

liza na direção da concepção absoluta, outras vezes, a Corte sinaliza na direção da concepção relativa. Salienta o autor que um exemplo de decisão com um forte toque absoluto é a decisão de 1973 sobre as gravações secretas. O Tribunal salientou que a dignidade humana exige um “núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada”, e determina a relação entre o conceito de proteção absoluta e o conceito de ponderação da seguinte forma:

Ainda que atendendo os interesses públicos, não se justifica uma violação do núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada; nenhuma ponderação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer.

A conclusão que retiramos é a de que na jurisprudência do processo do trabalho prevalece o núcleo da autodeterminação privada. Nesta mesma linha de raciocínio, quando o empregador se utiliza de gravação da conversa do empregado com o cliente visando a proteção deste, esta gravação não pode ser utilizada para apenar o empregado, pelos seguintes motivos: a) o empregado não pode ser gravado, sem uma justificativa legal durante toda a jornada de trabalho, visto violar a sua privacidade, além do que a gravação permanente é incompatível com a fidúcia necessária ao cumprimento do contrato de trabalho; b) viola o princípio da isonomia já que o empregado não tem os mesmos mecanismos para fiscalizar o empregador, aptos a lhe aplicar uma justa causa e lhe aplicar uma pronta punição; c) o objetivo da gravação não pode ser alterado, visto que quando isso ocorre, em relação ao empregado, se torna clandestina, porquanto tinha apenas um propósito inicial, sendo certo que o elemento surpresa viola o devido processo legal substantivo; d) viola a liberdade de pensamento do empregado; e e) mostra-se desproporcional o monitoramento permanente para a busca de supostos erros do empregado para o qual não existe uma estatística de prejudicialidade do trabalho, sobretudo se isso não é contemplado na relação prestação versus contraprestação salarial.

2. O DIREITO DE PRIVACIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. GRAVAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO. JUSTIFICATIVA.

A Constituição de Weimar no art. 118, par 1, alínea 2, entende o direito à livre manifestação do pensamento expressamente às relações laborais e empregatícias. Embora nossa Constituição não diga expressamente sobre a extensão dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, não foi preciso fazê-lo visto que elevou os valores sociais do trabalho a fundamento do Estado Democrático de Direito, o que resguarda os direitos fundamentais no local de trabalho (art. 1º, IV).

Nesse sentido o Tribunal Federal do Trabalho alemão considerou sem efeito a demissão de um empregado que trabalhava em uma pequena empresa e que não gozava de proteção contra demissão sem justa causa, pois ao empregador **faltou um mínimo de consideração social**. O Tribunal derivou do art. 12, par. 1, da Lei Fundamental, em conexão com o princípio do Estado Social, a proteção necessária à estabilidade para uma relação de trabalho rescindível a qual-

quer tempo. Entendeu o Tribunal que quando é concedida ao empregador a competência de determinar unilateralmente o conteúdo da relação de trabalho e, eventualmente, encerrá-la, a proteção dos direitos fundamentais dos destinatários requer que o poder de configuração do empregador, unilateral e não influenciável por parte do empregado, seja delimitado. O empregador precisa, por conseguinte, no caso de intervenções em posições protegidas do ponto de vista jurídico-fundamental, tomar os interesses do empregado em adequada consideração. Caso ele não cumpra este mandado, o ato em questão haverá de ter sua eficácia negada pelos tribunais competentes<sup>4</sup>.

Quando uma empresa dispensa empregados alegando atos cometidos e verificados por conta de uma gravação do local de trabalho da qual desconhecia o empregado, há, dois pontos referentes ao direito de privacidade do empregado que podem ter sido violados. O primeiro se refere a questão já analisada de que o empregado mantém no local de trabalho o direito de privacidade e em que medida isso se dá. O segundo é de que se pode o empregador, empregando câmeras no local de trabalho para uma finalidade, pode utilizá-la para outra, ou seja, para fiscalizar atitudes do empregado.

As referências que já trouxemos acima sobre a jurisprudência do direito alemão que em havendo câmeras localizadas na empresa há que haver uma proteção à privacidade dos empregados, sendo certo que os empregados devem ser informados da localização das mesmas e os respectivos períodos de funcionamento e devidamente justificada a instalação das mesmas cuja permissão deve ser considerada em norma e sujeita a apreciação do Judiciário sobre a legalidade e justificativa. A preservação da privacidade revela sempre a necessidade de preservação da autorepresentatividade que é um dos elementos do direito de personalidade do empregado, que não pode ser violado ou ponderado. E assim o é posto que a dignidade humana se sustenta no tripé: direito à vida, à integridade física e desenvolvimento pleno do direito de personalidade.

Na aferição da dispensa por justa causa por este fundamento, por exemplo, a partir do princípio da proporcionalidade os subprincípios da adequação e necessidade, que se referem a possibilidades fáticas, devem ceder lugar a uma aferição em primeiro plano do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que trabalha com possibilidades jurídicas. E assim o é, como no vertente caso, em que *prima facie* se tem de ponderar o direito fundamental de privacidade do empregado com o direito potestativo do empregador decorrente do direito fundamental de livre-iniciativa, quando este último é configurado vertendo-se em liberdade negativa no sentido da impossibilidade de desrespeitar as normas trabalhistas formais e materialmente constitucionais que asseguram a sua configuração e, portanto, limitam o direito potestativo. Analisada a questão por este prisma ter-se-ia que todas as demais questões fáticas que embasariam a dispensa, restariam prejudicadas, eis que no exame da proporcionalidade seriam ana-

4. Singer, Reinhard. Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho *in* Direitos Fundamentais e Direito Privado – organizadores António Pinto Monteiro; Jörg Neuner e Ingo Sarlet – Almedina - pg. 335.

lisadas nos subprincípios adequação e necessidade. Portanto, pelo prisma dos direitos fundamentais a dispensa restaria nula, vez que violara o direito de privacidade do empregado.

Para além de vulnerar o direito de privacidade, a prova feita exclusivamente a partir de câmeras instaladas sem o conhecimento do empregado ou gravação com objetivo diverso do da fiscalização do trabalho e sem permissão legal ou convencional, como já dissemos acima, tem o caráter de prova irrefutável violando o devido processo legal em suas duas dimensões tanto processual como a substantiva. A substantiva é violada por conta de que a oitiva do empregado se torna sem força para contestá-la, violando a sua dignidade pessoal que é assegurada pelo devido processo legal quando é ouvida. A retirada da possibilidade de confrontação da verdade dita pelo empregado com as imagens ou gravação feitas violando a sua privacidade é que também torna a prova nula.

3. PODE O EMPREGADOR SE VALER DE PROVA RETIRADA DA PÁGINA PÚBLICA DA INTERNET DO EMPREGADO SEM O SEU CONSENTIMENTO?

Pelo que se tem visto de consultas a magistrado do trabalho da 2ª região (SP), é quase unânime o posicionamento de que em sendo pública a página do empregado, incluindo diálogos e fotos, não há qualquer impedimento ao empregador em acessá-la e retirar dela o que quiser para utilizar na Justiça do Trabalho, ainda que o diálogo ou foto seja documento íntimo, já que o titular do direito à intimidade resolveu publicá-lo.

De início, já podemos concluir que é preciso uma análise se publicidade e renúncia à privacidade são conceitos sempre coincidentes, vale dizer, se publicidade pode ter seu conceito ampliado a ponto de se converter em renúncia a um direito de personalidade.

A primeira questão que se tem de atentar é o modo pelo qual se interpreta uma intervenção em um direito fundamental. Esse método pode ser assim resumido: intervenção justificada, proporcionalidade e ponderação, devem ser os veículos que, analisados de forma conjunta ou separadas, podem nos dar um guia seguro de interpretação.

Quando o juiz se depara com um caso desses deve fazer o seguinte questionamento a um empregado hipotético: Você permitiria que o seu empregador invadisse sua página na internet para fazer uma prova contra você, utilizando-se dos seus diálogos, fotos e textos- inclusive os mais íntimos? Se a resposta for negativa, comprovado está que não houve renúncia do direito fundamental à privacidade e que renúncia efetivamente não se confunde com publicidade. Ademais, se tomarmos a publicidade como espécie de renúncia estamos a apenas a liberdade que a pessoa tem de expor o seu pensamento e dispor de suas coisas, visto que estaríamos dizendo: publicou, agora sofra as consequências! É apenas a liberdade de pensamento e de dispor com restrição de sua própria privacidade. É o Judiciário dizendo: se dispuser de parte da privacidade, dispôs de tudo, em flagrante intervenção injustificada na autodeterminação do trabalhador. A autodeterminação pode ser aqui conceituada como garantia irrenunciável e inalienável de dispor de bens materiais e imateriais quando e nas hipóteses que entender melhor. A autodeterminação

privada tem um núcleo absoluto, como se vê de julgado do tribunal constitucional alemão, por nós acima demonstrado.

Esse julgado do tribunal constitucional alemão consistia em ponderação da autodeterminação privada com interesse público, ainda assim foi afastada pelo tribunal. No caso ora examinado trata-se de possibilidade de ponderação entre particulares, sem incidência de interesse público, mas somente interesses particulares. Ora, se o Estado somente pode invadir a esfera privada protegida por direitos constitucionais mediante intervenção justificada pelo interesse público, não é preciso maiores injunções em hermenêutica para a conclusão de que a pretensa publicidade dada pelo titular do direito não justifica intervenção injustificada. E assim o é, posto que a justificação logra esteio na proporcionalidade, e esta se afere com parametrização dos interesses em jogo, no caso o interesse do empregador em contraditar uma testemunha para minar a prova do empregado em alguns casos ou de se utilizar de provas tiradas da página do empregado para lhe aplicar uma punição como justa causa, interesses nitidamente particulares, sem qualquer inferência em interesse público.

O que se discute aqui é a chamada autodeterminação privada que entre os particulares não encontra qualquer respaldo para uma intervenção justificada, visto não haver interesse público a justificar a intervenção, podendo se dizer que existe um núcleo de proteção absoluto a proteger a privacidade do empregado. O direito de personalidade violado no âmbito privado são os direitos humanos na ordem privada. Na lição de Pontes de Miranda o direito de personalidade é inalienável, irrenunciável e não preclue. A preclusão podemos aqui interpretar da seguinte forma: a) temporal; b) quantitativa / qualitativa.

A preclusão temporal significa que se alguém autoriza a publicação de algo que integra o seu direito de privacidade e houver arrependimento e proibir a publicação antes dela ocorrer, seu direito de proibição deverá ser assegurado (melhor o direito de quem proíbe, eis que garantia fundamental), pois o direito de personalidade não preclue. A preclusão quantitativa / qualitativa significa que se alguém publicou em sua página na internet, está propiciando apenas que todos visualizem e / ou leiam, sem qualquer possibilidade de ampliação para tirar cópia ou reproduzir a publicação sem prévia autorização do titular, sob pena de se ampliar a invasão do direito de privacidade mediante preclusão tácita por ampliação da intervenção injustificada. A justificativa nunca pode ser analisada a partir de um movimento do titular do direito - ainda que pareça dispor deste direito -, eis que toda intervenção deve ter justificada constitucional.

A irrenunciabilidade do direito fundamental importa em impor ao magistrado que questione o titular do direito sobre a possibilidade de se utilizar contra ele a prova retirada do seu patrimônio. Contudo, a rigor essa medida não se faz necessária vez que cabe Estado a proteção dos direitos fundamentais independentemente da posição do titular, máxime no caso ora examinado onde se discute dignidade humana, que contingencia o interesse público, que do clássico caso da jurisprudência francesa se retira. A proteção do trabalhador diante do empregador, na relação assimetria de poder que se estabelece na relação de trabalho, é questão de interesse

público, tanto que o freio colocado pela CF à relação dialética entre valores do trabalho humano e livre iniciativa (art. 1º, IV), está justamente na ideia de humanização da exploração capitalista. Diga-se, portanto, que a proteção é constitucional e obrigatória. Significa, então, dizer que mesmo que os empregados, apenas para a manutenção do emprego permitem que os seus empregadores invadam direitos fundamentais com prejuízo à dignidade desses trabalhadores, com repercussão no interesse público, essa intervenção deve ser declarada inconstitucional e proibida pelo magistrado, porquanto a dignidade humana contingencia o interesse público. O interesse público aqui é identificado na possibilidade de isso se tornar uma prática nas relações de emprego, como uma *práxis* que cria obstáculos ao pleno desenvolvimento do direito de personalidade.

Ora, se em tema de direito público as intervenções justificadas somente se fazem com ponderação no interesse público, por certo que no âmbito privado o núcleo da autodeterminação é cláusula de pedra. E esse núcleo não se desfaz com suporte em alegações de publicidade ou que se tornara público, como enfatizamos acima. Se o público é a possibilidade de visualizar, não se pode daí fazer qualquer injunção de intervenção no núcleo da autodeterminação para estender uma renúncia tácita a um direito fundamental, como se ocorra preclusão tácita, incompreensível em tema de direitos fundamentais.

A *práxis* que obstaculiza o desenvolvimento do direito de personalidade atua como elemento de alienação e *reificação* do trabalhador criando bases para produção de *mais-valor*, uma espécie da qual as vantagens decorrem do processo de alienação por desconhecimento dos direitos aplicáveis à espécie.

#### 4. A FUNCIONALIDADE DO PROCESSO DO MAIS-VALOR NA DIMENSÃO SUBJETIVA.

O processo do mais-valor sempre teve maior relevância na jornada de trabalho, pois a partir da jornada de trabalho o empregador sempre pagava menos ao empregado do que este havia efetivamente produzido. Contudo, pensamos que com a grande regulação da jornada de trabalho, que sempre foi o símbolo mais visível da viabilização do processo de mais-valor na exploração capitalista, o processo se diluiu e ganhou importância em outras atividades e momentos da relação de trabalho.

“Marx cita uma ideia fundamental: “Os pequenos momentos são os elementos que formam o lucro. Para mim, essa formulação é crucial. Os capitalistas tentam aproveitar todo e qualquer momento do tempo do trabalhador no processo de trabalho. Os capitalistas são só compram a força de trabalho de um trabalhador por doze horas, como têm de assegurar que cada momento dessas doze horas seja usado com o máximo de intensidade. E isso, é claro, é a essência de um sistema fabril disciplinador e fiscalizador”<sup>5</sup>.

Quando dissemos acima que o trabalhador não pode ser punido por conta de falta extraída de conversa com o cliente, queremos significar que quando isso ocorre se tem que o empregador se valeu de gravação minuto a minuto de toda a sua jornada de trabalho em flagrante violação de seu direito de personalidade. E assim o é posto que no momento em que executa o trabalho o trabalhador tem resguardado o seu direito de privacidade intrínseco na sua autodeterminação como ser humano, por isso que a fiscalização deve ser justificada como intervenção justificada em um direito fundamental. O que Harvey diz acima sobre um sistema disciplinador e fiscalizador não é instituição isenta de sindicalização pelo asseguramento de direitos fundamentais, diante da constatação de que as normas que disciplinam essas relações não são as postas pelo empregador, mas sim pelo direito constitucional. Por certo, o que se tem é que, em tema de direitos fundamentais, todas as intervenções em direito de privacidade devem ser justificadas. Quando o trabalhador é submetido a trabalhar durante toda a jornada de trabalho sob a fiscalização de uma gravação com o risco de ser punido diante do critério subjetivo do empregador, é transformado em objeto porquanto é oprimido nos seus arroubos naturais da sua condição humana, que deveriam ser suportados pelo empregado como risco do empreendimento. É o mais valor psicológico que prescinde de movimentos de alienação do trabalhador, mas pode identificar traços de *reificação*. O entendimento de que a gravação full time está inserida no âmbito do poder disciplinador e fiscalizador do empregador é pensamento que conduz à *reificação*.

O falso entendimento da proteção dos direitos fundamentais no meio ambiente de trabalho quando “normaliza” certos procedimentos disciplinadores e fiscalizadores dos empregadores é o responsável pela perpetuação do mais-valor que deixa de ser identificado na materialidade entre trabalho excetuado e valor pago, para se enraizar em elementos psicológicos do modo alienado de produzir com aumento da produtividade e violação a direitos fundamentais básicos e inseparáveis para própria condição humana. Esta deve ser a face mais oculta e rentável do mais-valor, que acaba se transbordando para faces mais visíveis como o cumprimento de metas, proibição de ir ao banheiro, etc. A normalização na cabeça dos trabalhadores faz com que se sintam culpados, mesmo quando do ponto de vista do direito não têm culpa alguma. Exemplificamos com um caso recente em que uma moça grávida que logo no início da gravidez começou a tratar os clientes das empresas de forma diferente tendo chamado uma cliente de mal-educada e teria chamado um outro de lesado. Dispensada por justa causa chegou a reclamante perante o juiz com ares de que tinha cometido algo extremamente grave e que seu empregador tivera direito de colocá-la na rua grávida, sem salário, quando, na verdade, era dever do empregador de, entendendo o estado gravídico da autora, que muda toda a estrutura hormonal com mudanças importantes físicas e psíquicas, inclusive depressão, fazer uma reciclagem com ela ou trocá-la de setor em vista de seu dever de consideração, da função social do contrato de trabalho, do valor social do trabalho e, sobretudo, da proteção à gestação

e estabilidade no emprego da empregada.

Em conclusão, podemos dizer que toda intervenção em um direito fundamental na relação de trabalho deve ser justificada, sob pena de ser declarada inconstitucional; inexistente qualquer semelhança entre publicação de perfil na internet e renúncia a direitos fundamentais; as intervenções em direitos fundamentais requerem sindicabilidade pelo poder judiciário com suporte no princípio da proporcionalidade com ponderação no princípio da dignidade humana que contingencia o interesse público e interesse público somente pode existir na relação de trabalho do ponto de vista da proteção do trabalhador, e não evidentemente o contrário.

5. Harvey, David. Para entender o capital, livro I, p.142, Boitempo – 2015.

## LAÉRCIO LOPES DA SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri  
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP  
Professor de Direito Constitucional da faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)  
Doutorando em Direito pela Fadis/SP

## APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 467 DA CLT NO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

No dia 31.05.2017, foi publicada no diário oficial eletrônico do TRT2, tese vencedora em uniformização de jurisprudência com proposta de súmula com seguinte teor:

“Multa do art. 467 da CLT. Reconhecimento judicial de vínculo. Indevida. A presença de controvérsia em torno do vínculo de emprego é suficiente para afastar a multa prevista no art. 467 da CLT”.

Por outro lado, a Súmula 462 do TST assim prescreve:

“Reconhecimento da relação de emprego, multa do art. 477 § 8º. A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477 da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias”.

Com o máximo respeito e consideração pelos que votaram na tese vitoriosa, ousou fazer algumas indagações e filiar-me à tese vencida.

Pelo que se vê do teor da futura Súmula o que afasta a aplicação do art. 467 da CLT é a controvérsia sobre a existência ou não do vínculo de emprego. De logo algumas indagações se colocam: i) pode-se valorar de forma diversa a controvérsia suscitada pelo empregador em detrimento daquela suscitada pelo empregado, já na inicial? ii) A possibilidade de uma controvérsia no processo afastar a aplicação da lei não afeta a efetividade da decisão judicial? iii) Se o empregador não efetuar o registro do contrato de trabalho na CTPS do empregado, mas confessar que este era empregado então a multa será devida, pois controvérsia não há? O mesmo resultaria da confissão ficta ou revelia? iv) Se o empregador que registra o empregado e não paga as verbas incontroversas na primeira audiência é condenado a pagar a multa do art. 467 da CLT, por maior razão aquele que descumpriu a lei e se valeu de uma fraude, deve pagar a multa sob pena de se valer da própria torpeza.

Ao contrário do que se pode pensar à primeira vista, não é o empregador quem sempre traz a controvérsia sobre a relação de emprego a juízo, ao contrário, esta é trazida pelo empregado quando diz na inicial que trabalhou e não teve o contrato de trabalho registrado na CTPS, no que se contrapõe o empregador alegando que não havia vínculo de emprego. A dicção lapidar do art. 840 da CLT da qual se traduz a máxima de “dai-me os fatos que lhe darei o direito ou o juiz conhece o direito”, lança por terra qualquer argumento de que a controvérsia pode tornar sem efeito a aplicação de normas em

determinados casos. O juiz deve aplicar a lei independentemente da controvérsia, visto que a sentença tem justamente o propósito de superá-la e não é parte do suporte fático.

A relação jurídica que se constitui de relações contrapostas é uma relação dialética por sua própria natureza, como de resto são as relações que constituem as demais lides. Vale dizer que a controvérsia nada é mais do que um elemento constitutivo de uma relação dialética que dá origem às lides. Com o julgamento pelo juiz, a controvérsia desaparece como elemento factual. Ora, se assim não fosse, a decisão judicial ficaria vinculada a alegação unilateral de uma das partes – o empregador – perdendo parte de sua efetividade que é a de tornar o ato (a relação de emprego) ao seu *status quo ante*, qual seja, dizer que o empregado trabalha com vínculo desde a admissão até a dispensa, com todos os direitos insertos na CLT, inclusive a multa do art. 467, da CLT.

Ademais, por qual razão de direito a argumentação do empregador de que não havia relação de emprego pode ter mais valor do que a do empregado de que havia relação? A controvérsia não é do empregador, mas da própria relação dialética que constitui a relação de emprego, portanto ela é apenas a razão da formação da lide. Nada mais que isso. Não seria mais condizente com os princípios do direito do trabalho que se acolhessem os argumentos do vencedor na quebra de braço dos argumentos – o empregado?

Sobre o tema assim nos posicionávamos nas nossas sentenças:

“A controvérsia sobre a relação de emprego não impede a aplicação das multas dos arts. 467 e 477, da CLT, vez que o empregador que registra o empregado e não lhe paga as verbas é impelido a pagar as multas, por maior razão aquele que não registra o empregado deve pagar as multas, sob pena de beneficiar-se o empregador da própria torpeza. Vale ressaltar que o afastamento das referidas multas só deve ocorrer quando ocorrer sincera dificuldade em se saber se há ou não relação de emprego entre as partes, o que nem de longe parece ser o caso dos autos, conforme se verifica de nossa fundamentação ao pedido de reconhecimento do vínculo de emprego. No caso em comento estamos a dizer sobre o período laborado através da cooperativa, em fraude ao contrato de trabalho do empregado.

“Ademais, negar-se o pagamento das referidas multas significa negar o que chamamos de eficácia imediata ou tópica, vez que efetividade da sentença consiste em dizer qual deveria ser o *status* do contrato desde a sua assinatura, apontando a violação da lei. Abstraída a fundamentação acima de argumentação da própria torpeza ainda poderíamos dizer que o não assecuramento do retorno

ao *status quo ante* implicaria da mesma forma em se dizer que se estaria a afirmar que é dado ao empregador alegar que desconhecia o direito, o que o ordenamento jurídico não concebe. Assinala-se, por oportuno, que a controvérsia é apenas um meio de indicação da pertinência da pretensão não se podendo lhe dar tarefas atinentes à efetividade porquanto a controvérsia se exaure no exame e resolução da *facticidade*. Isso porque a questão assim entendida daria valor normativo ao fático, ou seja, a controvérsia daria normatividade ao exame de uma pena por inadimplemento das verbas. Ora, quando o juiz decide firma o entendimento de que não havia, em verdade, uma controvérsia, portanto esta não pode mais surtir efeitos, pois se assim fosse negaria efetividade à decisão judicial *prima facie*, como se a controvérsia fosse estabelecida de antemão e de forma absoluta”.

Reformulo aqui parte do meu entendimento acima para afastar qualquer possibilidade de influência da controvérsia na decisão, ainda que haja sincera dificuldade em se saber sobre o fato da relação de emprego, visto que a efetividade da sentença não deixa resquícios objetivos ou subjetivos da controvérsia, portanto esta não tem potencialidade para afetar a decisão judicial ou afastar a aplicação da legislação.

A Súmula vai deixar uma questão em aberto, ou seja, se o empregador confessar ou se tornar revel ou confesso (confissão ficta) deverá pagar a multa já que controvérsia não há. Do mesmo modo deverá responder a súmula se não há violação da igualdade em relação ao empregador que efetua o registro do contrato de trabalho na CTPS em relação ao que descumpre a lei e se não se vale este da própria torpeza ao ser beneficiado justamente porque não cumpriu a lei.

O processo de interpretação das leis trabalhistas que se referem a normas que são fundamentos da própria relação de emprego, como o artigo de lei ora examinado, deve ser realizado não mais de forma indutiva do particular para o geral, ou seja, naquele caso concreto com base na legislação aplicada ao caso, mas sim do geral para o particular, vale dizer, com suporte no método dedutivo, pois o registro do contrato de trabalho, para além de ser uma norma geral que rege os contratos de trabalho é o elemento que dá vida à relação de emprego, e dá dignidade ao trabalho relacionando-o com postulações existenciais que se imbricam com o núcleo essencial da dignidade humana.

Se fizéssemos uma interpretação da aplicação do art. 467 da CLT considerando o suporte fático da norma teríamos: Fulano trabalhou para Sicrano naquelas condições, portanto deve receber as verbas acrescidas de 50%, visto que descumpriu o art. 467 da CLT. Veja que se tomarmos controvérsias fáticas processuais para influir no resultado do litígio não podemos interpretar a norma seja pelo método dedutivo ou pelo suporte fático. Criamos um *tertius genius* de interpretação, desconhecido do direito pois acrescentou-se ao suporte fático da norma a “controvérsia das partes”, em detrimento do hipossuficiente que busca uma reparação legal e que não teve sua alegação afastada na sentença.

Segundo Pontes de Miranda, por longo tempo, a técnica

legislativa satisfizesse com a simples alusão à “pessoa”, ou à “ofensa à pessoa”, para as regras jurídicas concernentes aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico. Portanto, de certo modo, a referência era o suporte fático, como se lesado fosse ele, não os direitos que se irradiaram, como efeitos, do fato jurídico da personalidade. Decorre disso que não se cogitou de debulhar os diferentes direitos que a ofensa poderia atingir.

Em advertência fundamental para a pesquisa do tema diz Pontes de Miranda que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é *ser humano*, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.

Disso resulta que quando se agrega elementos no suporte fático se perde completamente a possibilidade de interpretação com base neste suporte fático e o direito de personalidade, então resguardado no suporte fático, desaparece diante da de elementos fáticos tomados como se fosse o conjunto de fatos que compõem o suporte fático.

Uma das características do processo é a de fazer com que aquele que não logrou comprovar suas alegações acabe por sofrer o ônus por tal. Contudo, aqui o se vê é justamente o contrário: alguém se beneficiando por não ter se desvencilhado de um ônus. Quem alega e não comprova, em regra, deve sofrer o ônus por inteiro, não havendo modo interpretativo que afaste em parte o ônus do empregador no caso examinado. Nesse sentido, nos parece que a Súmula 462 do TST seguiu uma trilha que lhe dá sustentação interpretativa.

Em conclusão, podemos dizer que nenhuma controvérsia pode ser considerada para o resultado do litígio após a decisão do juiz, sob pena de macular a efetividade da decisão e dar peso diverso à controvérsia que não é de qualquer das partes e a nenhuma delas pode beneficiar, mas sim da natureza dialética do processo. Valorar a controvérsia é afastar uma interpretação dedutiva ou em conformidade com o suporte fático da norma.

## LAÉRCIO LOPES DA SILVA

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barueri

Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Professor de Direito Constitucional da Faculdade Zumbi dos Palmares (afastado)

Doutorando em Direito pela Fadis/SP

## A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO EM INTERPRETAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Muito se tem discutido na doutrina e jurisprudência pátrias sobre a responsabilidade do empregador em relação aos acidentes do trabalho. O debate que precede, entretanto, é aquele acerca da responsabilização do empregador por males sofridos pelo empregado no ambiente de trabalho. Tal questão, de fato, não parece ser de somenos importância. Se, de um lado, temos um contrato legalmente assinado, por outro, temos outros fatores a serem considerados, tais como a função social do contrato; a valorização social do trabalho; o princípio constitucional da livre iniciativa; e, sobretudo, o fato de haver uma figura humana, com direitos fundamentais a serem tutelados, como uma das partes desse contrato. Este último aspecto, aliás, como já preconizado por Radbruch<sup>1</sup> é o que efetivamente deve ser considerado no contrato de trabalho, pois se sobressai à mera contraposição entre a prestação do trabalho de um lado e o salário do outro. Nunca se pode esquecer que, segundo o princípio protetivo do direito laboral, em um dos polos está um ser humano a quem a lei deve reservar especial proteção.

Ronald Dworkin<sup>2</sup>, no seu festejado livro o império do direito, assim assevera: “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade.” Sendo assim, no que se refere aos acidentes de trabalho, surgem perguntas como, por exemplo, em primeiro lugar, o que aconteceu? Será que o homem que trabalhava no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé do seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual é a lei pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? E, por último, se a lei negar ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo? Fica, dessa forma, perceptível a complexidade da questão.

Diante do exposto, causa certa perplexidade, que, em ma-

téria publicada na Revista da Amatra 2 no ano de 2014, o Desembargador e Prof. Sergio Pinto Martins defendeu que, em se comprovando que o empregador agiu com diligência, estará isento de culpa pelo dano decorrente de acidente de trabalho. E vale notar, ademais, que o articulista defende enfaticamente que a responsabilidade do empregador em casos de acidente de trabalho é subjetiva, com suporte em disposição constitucional e em jurista de tomo do direito civil.

Evidentemente, não comungamos de posições como essas sobre tema em que o princípio protetivo é linha mestra, como o de acidentes do trabalho. Nosso entendimento é o de que a responsabilidade do empregador é objetiva, como passamos a fundamentar a seguir.

### 1. DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O argumento de que a Constituição Federal (CF/88) estabeleceu uma responsabilidade subjetiva do empregador, no que se refere aos acidentes de trabalho, não se sustenta nem mesmo a partir de elementar hermenêutica. De princípio, convém lembrar que não é tarefa da Constituição explicitar conceitos; mas sim trazer normas genéricas, cabendo às leis infraconstitucionais explicitá-las, desde que respeitem os parâmetros essenciais delineados pelo Constituinte originário ou reformador. Notório é que a estrutura das Constituições, tradicionalmente, não lhes permite explicitar conceitos, tanto neste como em outros vários temas. Por isso, deixam ao legislador ordinário a tarefa de desenvolver as teorias, como ocorreu com as teorizações do dolo e da culpa. Desse modo, por óbvio, se a Constituição se referir à responsabilidade civil, terá que se manifestar tomando em consideração o sistema geral da culpa, podendo até mencionar o dolo e a culpa sem, contudo, assumir posição, a qual se estabelecerá no momento de sua concretização. Se de outra maneira agisse o legislador originário, criaria uma amarra às normas infraconstitucionais em sua tarefa de concretizar a própria Constituição.

Miguel Reale, a propósito, dizia que o Brasil tem duas leis fundamentais: a Constituição e o Código Civil (CC). Assim, a CF/88 garante o direito à vida (regra genérica) e o CC diz em que circunstâncias ele é garantido. Assim, *grosso modo*, se dá o processo de concretização da Constituição, em relação também a outras diversas matérias.

A Constituição Federal adotou, para alguns casos, um método de interpretação por exclusão, partindo do específico para o geral, para se evitar a repetição inútil de determinadas matérias por diversas vezes. Assim o fez, por exemplo,

quando quis se referir a leis complementares ou ordinárias. Ou seja, naquilo em que a Constituição não especificou que norma se regularia por lei complementar, conclui-se que a regulamentação dar-se-á por lei ordinária. Esse mesmo método foi utilizado pela CF/88 em relação à responsabilidade, vez que, quando pretendeu se referir à responsabilidade objetiva, o fez expressamente, a exemplo do disposto no §6º, do art. 37, bem como em relação ao trabalho com energia nuclear.

Assim, por essa lógica que não abrange todas as possibilidades de hermenêutica constitucional, poder-se-ia concluir que a responsabilidade descrita no inciso XXVIII, do art. 7º, da CF/88, é a subjetiva, pois se fosse objetiva o legislador constituinte o teria feito expressamente, além do que, condicionou a existência da responsabilidade ao dolo e a culpa, elementos desnecessários para se configurar a responsabilidade objetiva. Entretanto, nossa Constituição, embora analítica e de certa forma prolixa, como dissemos, não é documento com função de explicitar conceitos e teorias, de modo que possa ter eficácia plena, em todos os casos, se preocupa apenas com o estudo de sua própria dogmática. Por isso, o que se tem que entender é o fato de que, em relação ao acidente do trabalho, a Constituição Federal limitou-se a descrever a responsabilidade de modo geral; o que não impede a aplicação da responsabilidade objetiva decorrente do sistema subsidiário disposto no Código Civil.

Observa-se, assim, que o dispositivo constitucional não pode levar de pronto ao entendimento de que a culpa acidentária descrita na Constituição é, necessariamente, aquela que leva a uma responsabilidade subjetiva, porquanto na responsabilidade objetiva também há a culpa, porém presumida (ou como prefere a melhor doutrina, não existe qualquer espécie de culpa). Portanto, seguindo a estrutura keleaniana do ordenamento jurídico, deixou a Constituição, nessa quadra, ao Código Civil a tarefa de explicitar conceitos.

Alguns propugnam que, nos contratos em que se tem relação de emprego ou mesmo relação de trabalho (art. 114, VI, da CF), a indenização por dano moral pode decorrer de responsabilidade subjetiva ou objetiva. A objetiva, adviria dos casos em que o dano decorreu do exercício da atividade perigosa que se enquadraria no disposto no parágrafo único do art. 927, do CC (o que de resto ocorre, em regra, com as atividades industriais em que se utiliza de maquinários). Já a subjetiva, poderia advir de dano decorrente de atividade que não é, à primeira vista, atividade considerada perigosa, como, por exemplo, o trabalho em escritório, doméstico, representante comercial etc. Esse raciocínio, do qual já fomos partidários aliás, da mesma forma não se sustenta, porquanto, nele, o risco do empreendimento se sobrepõe ao risco da atividade. Um equívoco afinal, pois basta que o empregado esteja à disposição do empregador para que este se responsabilize pelo dano experimentado por aquele — independentemente do tipo de empreendimento do empregador —, salvo, por óbvio, se o elemento causador não tiver relação de causalidade com as atividades do empregado, em sentido estreito do termo.

Explicamos. A responsabilidade objetiva, como se sabe, é inspirada, principalmente, na teoria do risco, porque atribui responsabilidade ao empreendedor de determinada atividade que cause riscos ou perigos, ainda que este coloque toda a

diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada “teoria do risco criado” e do “risco benefício”, a qual estipula basicamente que, se o sujeito obtém vantagens ou benefícios em razão do seu empreendimento, deve arcar com os prejuízos que essa atividade causar.

Desse modo, o fato de o risco do empreendimento se sobrepôr ao risco da atividade não exime, a nosso ver, o empregador da responsabilidade objetiva, ao revés, reforça nossa tese. Não obstante, teoricamente, a atividade desenvolvida não ser de risco, uma vez verificado que o acidente ocorreu no local de trabalho, estando o empregado à disposição do empregador, já é requisito legal suficiente para este ser responsabilizado. Se assim não entendermos, não teria qualquer sentido apenas o empregador pelo acidente *in itinere*, o qual não precisa ter relação com a atividade. Talvez isso seja suficiente para resolver a indagação de Dworkin sobre a responsabilidade quando um operário deixa cair uma chave no pé de um colega de trabalho. Quando o empregado se põe à disposição do empregador, para prestação de serviços, somente a disponibilidade para a prestação de serviços está sendo remunerada, tanto que a alteração das condições de trabalho é defesa pelo disposto no art. 468 da CLT. Vale dizer, pois, que os acidentes do trabalho, que estão fora da esfera contratual, devem ser suportados sempre por aquele que no contrato recebe os benefícios do risco criado para obtenção do lucro. Por isso, mostra-se despiciendo falar-se em buscar quais são as atividades de risco para se inferir da culpa ou não do empregador nos acidentes do trabalho.

A “teoria do risco” tem assumido várias facetas ao longo do tempo na doutrina, todas impondo a responsabilidade objetiva de indenizar: 1) Risco profissional: em que o dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa, rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho; 2) Risco excepcional: em que o dever de indenizar surge de atividade que acarreta risco exorbitante, como no caso de transmissão de energia elétrica, exploração de energia nuclear, transporte de explosivos; e 3) Risco criado: em que o agente, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, conforme classificação do Prof. Vitor Frederico Kumpel.

Faz coro, ainda, com essa interpretação mais protetiva para o trabalhador o fato de que a responsabilidade objetiva do empregador, pelo risco da atividade laboral, tem se tornado cada vez mais uma tendência mundial em decorrência do princípio da dignidade humana. Tem-se imposto ao empreendedor que garanta ao empregado um meio ambiente de trabalho sadio e seguro, tanto do ponto de vista moral como físico, para assegurar também a sua integridade com dignidade. No Direito Comparado português, a título de ilustração, somente o dolo do empregado afasta a indenização por dano moral do que eles chamam de “acidentes ou desastres de trabalho”, seguindo a citada tendência mundial de apenas o empregador com a responsabilidade objetiva pelo risco do empreendimento ou da atividade.

“É preciso esclarecer que existem certos casos de responsabilidade objectiva, que são equiparados aos factos ilícitos culposos. A responsabilidade objectiva abstrai de

1. Radbruch, Gustav – Introdução à ciência do direito – Ed. Martins Fontes – pg. 99. O sistema da liberdade individual enxerga na relação de trabalho tão-somente a troca de dois patrimônios considerados de igual valor, trabalho e salário. Nele, não se compreende, por conseguinte, que trabalho não é um patrimônio como outro qualquer, mas deve ser entendido como nada menos do que o homem todo. Assim, esse sistema, erroneamente, configura a relação de trabalho como se a força de trabalho fosse uma coisa e não um homem.

2. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Editora Martins Fontes. pg. 06 – tradução de Jefferson Luiz Camargo.

toda idéia de culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo). Onde a lei a admite, basta que exista um facto materialmente imputável a uma pessoa (culpa é a imputação moral dum facto a certa pessoa) e que exista nexa causal entre esse facto e um dano, por maneira a poder dizer-se que este foi produzido por aquele. O responsável, autor material do facto, tem de ressarcir os prejuízos derivados de *caso fortuito*, pois nisso mesmo é que esta responsabilidade se distingue da subjectiva (fundada na culpa), mas não os provenientes de *força maior* ou de facto de terceiro; e também cessa a sua responsabilidade, como princípio geral, quando haja culpa do ofendido.

A nossa lei consagra a responsabilidade objectiva em matéria de acidentes de viação e de acidentes ou desastres do trabalho – sendo de notar que neste último domínio a responsabilidade subsiste, em dados termos, mesmo que o sinistro tenha sido ocasionado por culpa do sinistrado, desde que se trate de culpa em sentido estrito (negligência) e não dolo (acidente intencionalmente provocado). Parte-se do princípio de que o operário, em virtude de sua familiaridade com os perigos que o seu trabalho importa, tende a cometer descuidos que ocasionam acidentes, sendo justo que o padrão suporte os conseqüentes prejuízos, tal como recolhe os benefícios da actividade do operário. De acordo com isto se diz que a responsabilidade por acidentes do trabalho se funda no risco profissional<sup>3</sup>

O nosso Código Civil, por sua vez, adotou dois sistemas em relação à responsabilidade civil, sendo um geral, que é o da responsabilidade subjectiva (art. 186), e o subsidiário que é o da responsabilidade objectiva (art. 927). Tanto que Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery<sup>4</sup> assim se posicionam sobre o tema:

O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objectiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexa de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objectiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas). Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes, considerando o sistema da responsabilidade subjectiva como a exceção.

Diz o Enunciado n. 377, da IV Jornada do Conselho da Justiça Federal (CJF): “Art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”.

3. ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica* – Editora Coimbra – 1998. pg. 6/7.

4. Nery, Nelson e Rosa Maria – *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados* – Ed. Revista dos Tribunais – pg. 91/92.

Já o Enunciado n. 38, da I Jornada do CJF estabelece:

Art. 927: Na responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

De se notar que os dois enunciados acima transcritos deixam extremos de dúvidas de que não há qualquer fundamento legal para se dizer que o art. 927 do Código Civil não se aplica na Justiça do Trabalho, porquanto não encerra qualquer contradição com o disposto no art. 7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988. Ao revés, em conjunto com o disposto no art. 186 do Código Civil, formam o sistema da responsabilidade civil, o que nem de longe pretendeu fazer o dispositivo constitucional multimedido. A questão posta no Enunciado 38 citado acima é nitidamente de equidade, visto que não se pode validamente, em tema de direito, admitir que algumas pessoas trabalhem suportando um ônus maior do que as outras, sem qualquer previsão de uma contraprestação por isso, o que violaria o princípio constitucional da isonomia insculpido na cabeça do art. 5º da CF/88. Decorrente disso, o legislador estabeleceu regras específicas para determinadas atividades no art. 927 do Código Civil. Portanto, ao revés do que se pode pensar à primeira vista o artigo ora em comento tem forte assento constitucional em decorrência de sua vinculação firme com o princípio da igualdade. De se afastar, portanto, qualquer alegação de que há conflito de normas no caso vertente, mesmo porque a CF/88 não traz normas de responsabilidade civil a ensejar tal conflito, bem como pelo fato de que o art. 927 do Código Civil é norma de equidade com raiz constitucional. Para que haja um conflito entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais é preciso que haja uma imbricação sistêmica entre ambas, qual seja, a norma constitucional esteja apta a regular o sistema em que se insere a norma inferior e esta seja aquela que, em princípio, vai concretizar a norma constitucional. E assim o é, posto que se as normas não têm identidade sistêmica não conseguem se completar no círculo hermenêutico, visto que a norma constitucional atua no círculo como o todo e a norma inferior como a parte. Para que uma complemente a outra, dentro do círculo, é preciso que haja, necessariamente esta identidade sistêmica. Portanto, não é suficiente somente a constatação de que a norma constitucional é superior por estar no topo da pirâmide, para que se dê o conflito entre normas. O mesmo ocorre na hipótese preconizada por Norberto Bobbio, quando advoga a possibilidade de a norma inferior afastar o comando da norma constitucional, em alguns casos. De concluir-se, pois, que sempre que se quiser falar em conflito entre normas constitucionais com norma infraconstitucional (para os que admitem este tipo de conflito), necessário se faz aferir-se da imbricação sistêmica entre as mesmas.

Sobre o tema, aliás, assim se posiciona Flávio Tartuce, em exposição pormenorizadamente esclarecedora:<sup>5</sup>

5. Tartuce, Flávio. *Manual de Direito Civil. Ed. Método* – Ed. 2012, pg. 479/480.

Como primeiro exemplo, tem-se subsumido a norma para os casos de acidente de trabalho. Mitigando-se a regra da responsabilidade civil subjectiva prevista no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, pelo qual são direitos do trabalhador, *sem excluir outros*, “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo e culpa”. A menção a *outros direitos* flexibiliza o Texto maior, possibilitando a incidência da norma civil, em casos excepcionais. Em reforço, nota-se um claro conflito entre o art. 7º, XXVIII, da CF/1998 e o art. 927, parágrafo único, do CC 2002. Isso porque, analisando o primeiro dispositivo, chega-se à conclusão de responsabilização direta subjectiva do empregador, sempre, em todos os casos. Já pela segunda norma a responsabilidade do empregador, havendo riscos pela atividade desenvolvida, pode ser tida como objectiva, independentemente de culpa. Ora, a regra contida na Constituição Federal não é específica quanto à responsabilidade civil, tratando sim de regra de seguro como direito inerente à condição do empregado, sem excluir a indenização a que o empregador estará obrigado na hipótese em que incorrer em culpa ou dolo. Aliás, apesar de ser norma criada a favor do empregado, é utilizada a favor do empregador, ao revés e de forma absurda. Dentro dessa linha de pensamento, o dispositivo constitucional não traz regra pela qual a responsabilidade do empregador seja *sempre* subjectiva, mas somente enuncia, na sua segunda parte, que o direito ao seguro não exclui o de reparação civil nos casos de dolo e culpa. Constituindo norma geral, é também norma hierarquicamente superior em relação ao Código Civil atual, por constar na norma fundamental brasileira. Por outra via, o art. 927, parágrafo único, do CC 2002, apesar de ser norma inferior, constitui regra específica de responsabilidade civil sem culpa, inserida que está na seção que trata dessa fonte de direito obrigacional.

Note-se, como bem apontou Flávio Tartuce, a norma insculpida no art. 7º, XXVIII, da CF de 1988 não trata diretamente de indenização por acidente de trabalho. É, na verdade, norma de seguro que trata, *de passagem*, da questão da indenização. Portanto, além de não ser tarefa da Constituição a de explicitar conceitos, o dispositivo a que se referem aqueles que pugnam pela responsabilidade subjectiva não se propôs a tratar especificamente de matéria dessa espécie. Ao revés, como assentado pelo mesmo autor, o art. 927, do Código Civil, é que se insere no capítulo da responsabilidade civil.

O entendimento de que a responsabilidade do empregador é subjectiva levaria, necessariamente, a uma modificação do conceito de negligência como ato passível de ser apenado mesmo sem se constituir em contumácia e uma transferência do risco do empreendimento para o trabalhador. Isto porque, nessa visão, o empregado teria que fazer o impossível: se despojar da sua condição humana, como se seus descuidos desculpáveis não lhe fossem inerentes. Sabendo que todo ser humano em determinado momento da vida é negligente, percebe-se uma injustiça quando a negligência do trabalhador passa a absolver o empregador do próprio risco do empreen-

dimento. Isto é, nesse caso, a fraqueza da própria condição humana passa a ser mais relevante do que o risco criado para a obtenção de lucro, de modo que o corpo humano se *reifica* e passa a ser usado como objeto em benefício do empreendedor e em prejuízo do trabalhador por tal motivo acidentado.

A relação de emprego não pode dar lugar a uma outra espécie de luta por reconhecimento, porquanto não se admite que uma relação contratual possa separar do ser humano algum de seus direitos fundamentais. E é isso justamente o que ocorreria se o trabalhador vivesse na tensão constante de comprovar o impossível: que o seu empregador teve culpa ou dolo pelo acidente ou doença ocupacional que o vitimou.

A teoria objectiva nasceu com suporte no risco criado pela própria atividade e não pelo risco do inadequado funcionamento dos instrumentos de trabalho. Portanto, não se pode fazer um reducionismo apto a mitigar a responsabilidade do empregador, sob pena de se desvirtuar o próprio conceito de responsabilidade objectiva. Ora, o risco do mau funcionamento das máquinas é tão-somente uma extensão do risco criado pelo empreendimento. Tanto assim o é que, mesmo o empregador fazendo a prova do perfeito funcionamento dos instrumentos de trabalho, permanece para ele o ônus pelo risco do empreendimento, em relação ao qual não cabe prova, já que sua responsabilidade nesse sentido é objectiva.

Tampouco existe suporte legal para se sustentar que o art. 927 do Código Civil não se aplica na Justiça do Trabalho, como o faz o Prof. Sérgio Pinto Martins, visto que a disposição é aplicada a partir do sistema subsidiário da culpa. A Constituição não faz qualquer condicionante para comprovação de culpa do empregador, mesmo porque, desde tempos remotos, com a invenção da máquina, já se tem fixado o entendimento de que a responsabilidade é do empregador pelo risco inerente aos instrumentos de trabalho. Ademais, se, nesse caso, adotássemos a tese de inaplicabilidade da responsabilidade civil como prevê o CC para os acidentes de trabalho, não caberia o ônus ao empregado, mas ao próprio empregador, a quem incumbiria provar que o maquinário estava funcionando adequadamente. Visto de outro prisma, teríamos que, se a culpa fosse do empregado, haveria então, já na assinatura do contrato de trabalho, uma *capitio diminutio* para ele, expressa numa cláusula tácita perversa que não contemplaria, na contraprestação salarial, os riscos de acidentes. E assim, mesmo o trabalhador não sendo técnico, teria que comprovar que a desfuncionalidade da máquina ou outro elemento causador de acidente decorreria de culpa de seu empregador. Ter-se-ia aí um *jus variandi* pré-contratado.

A responsabilidade objectiva do empregador decorre, também, do fato de a lesão ao empregado se inserir no seu direito personalidade nas dimensões física e psíquica, o qual não é objeto do contrato de trabalho, visto que é uma garantia constitucional pessoal. Diferentemente dos contratos nos quais o próprio risco é objeto do ajuste, v.g. contrato de seguro, no contrato de trabalho o risco de acidente é apenas presumido. E para esta espécie de risco não se pode, *a priori*, aplicar a regra geral da culpa, mas tão-somente a regra subsidiária, com suporte no risco presumido que a atividade traz, independentemente de culpa do beneficiário do negócio.

A doutrina do direito comparado tem se atentado à necessidade de tutela da integridade psicofísica do trabalhador, como pontua Pietro Perlingieri:

“A integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela e, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos. Deve ser utilizada não somente a normativa específica da integridade psíquica, mas também, aquela prevista para a defesa da integridade física que é sempre inspirada pela garantia da pessoa. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma ordinária se limitou a tutelar a integridade física (...). A norma que estabelece a obrigação do empresário de adotar as medidas necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores (.....) é extensível também à integridade psíquica. Isso nem tanto porque a norma faz referência à personalidade moral, mas pela observação de que ela, em um ordenamento fundado nos valores da pessoa e do trabalho, deve ser interpretada como garantia da personalidade do trabalhador. As normas constitucionais permitem, na unidade do ordenamento, considerar a norma ordinária, colocada a favor da pessoa, não mais excepcional e suscetível de sofrer limitações aplicativas, mas como expressão de um princípio geral aplicável por analogia<sup>6</sup>.”

De fato, se o risco decorre da própria atividade, uma vez ocorrido o infortúnio não se pode querer provar a culpa do empregador, vez que esta estava inserida no próprio risco. Se assim se procedesse, incorrer-se-ia numa tautologia, qual seja, presumir uma culpa pelo risco do empreendimento e depois tentar comprová-la. Ou se presume ou se comprova, não podendo os dois institutos conviverem harmoniosamente. Não existe máquina perfeita, o que nos leva a concluir que jamais haverá a possibilidade de se comprovar que a máquina não tinha qualquer possibilidade de falhar. Ora, se até as naves espaciais construídas sob a orientação dos melhores cientistas do mundo acabam falhando, o que se dirá das outras máquinas, em regras obras do século passado. Nas elucidativas palavras do jurista português Prof. Antônio Moreira Barbosa Melo:

“A dignidade da pessoa humana, no seu sentido mais geral e absoluto, implica na impossibilidade moral e jurídica de o seu titular ser tratado como objecto, como instrumento ou meio para a realização de qualquer fim, mesmo que seja o interesse público ou bem comum: cada pessoa é, sempre e em todas as circunstâncias, *um fim em si mesma*; não tem preço, nem é trocável por nada (I. Kant). A *eminente dignidade da pessoa humana* constitui o fundamento

racional, o *ethos* ou *étimo normativo*, das comunidades políticas incluídas na extensão (*extensio*) da fórmula Estado de Direito Democrático. Tal axioma antropológico é a pedra angular ou a base de todo o nosso edifício constitucional..., fazendo recair sobre o Estado e seus poderes e sobre qualquer pessoa a instituição o dever indeclinável do reconhecer e respeitar efectivamente em si e em todos os outros a dignidade humana e, em particular, as especiais formas de expressão dela acolhidas pela ordem jurídica, nomeadamente os direitos e liberdades fundamentais (v.g., o direito à integridade pessoal, o direito à identidade pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a série das liberdades fundamentais nominadas na Constituição, nos Tratados ou no direito comunitário aplicáveis). A todos assiste o direito ao efectivo reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais em qualquer relação ocorrente no interior da comunidade política ou com a própria comunidade política<sup>7</sup>.”

#### 1.1 UMA INTERPRETAÇÃO NECESSÁRIA DO ART. 7º, XXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A forte ingerência dos princípios constitucionais e da força normativa da Constituição nos institutos do Direito reclama uma nova hermenêutica das normas, por isso a interpretação deve ser feita a partir não de uma análise perfunctória ou tópica, mas a partir da epistemologia de cada instituto - no caso vertente de uma epistemologia da culpa. Desse modo, deve ser afastada análise apressada de palavras soltas no Texto Magno, que se descolam do resultado da concreção das normas no instrumento próprio. Para avançarmos na tese que estamos a defender, impende que façamos uma interpretação mais minuciosa da norma ora em comento, considerando a interpretação sistemática e teleológica. Quando o inciso XXVIII do art. 7º da CF enuncia: “seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador...”, já evidencia - se assim se quiser entender -, uma responsabilidade objetiva do empregador, porquanto reconhece o risco da atividade tanto que lhe impõe um encargo a mais em relação a todas as outras pessoas, o que é esclarecido na parte final do inciso que o seguro deverá ser feito sem prejuízo da indenização por dano moral, que deverá suportar. O fato de a CF/88 impor ao empregador um ônus independentemente da tipificação de seus atos no sistema geral da culpa, disposto no art. 186 do Código Civil, revela a um só tempo que a culpa do empregador não é aquela do sistema geral do artigo retromencionado, e que a Constituição pugna pela responsabilidade solidária do empregador. Isso nos parece de clareza solar. Dessa forma, não nos parece difícil concluir que a segunda parte do artigo é apenas um alerta de que o seguro deve ser pago sem prejuízo de pagamento de indenização por acidente do trabalho. Só isso. Sem qualquer intenção de delimitar a responsabilidade por acidente do trabalho, pois não é essa a gênese do artigo. Ademais, podemos dizer que a norma é benéfica ao trabalhador tanto que impõe o pagamento de seguro contra acidentes

e esclarece que não haverá prejuízo para a indenização por acidentes. Portanto, a norma constitucional teria incorrido em um paradoxo se tivesse pretendido proteger o trabalhador e na sua parte final, por conta de ter usado as expressões dolo e culpa, pretendido livrar o empregador do sistema subsidiário da culpa. A norma teria na sua cabeça uma finalidade e terminaria com outra absolutamente oposta. Nem elementar hermenêutica pode levar a essa conclusão. Podemos dizer, com segurança, que quando a CF/88 obrigou o empregador a fazer um seguro contra acidentes do trabalho, sem prejuízo da indenização por dano moral, o introduziu na hipótese descrita no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Isso porque classificou e qualificou as atividades como de risco.

Explicamos. Qualquer pessoa física ou jurídica que cometer um dano em prejuízo de outrem incorrerá, de ordinário, no disposto no art. 186 do Código Civil (sistema geral da culpa). Contudo, ao empregador a CF/88, antes mesmo de o dano ser cometido, por conta do risco do empreendimento, o obrigou a proteger o trabalhador com um seguro contra acidentes do trabalho, o que revela, sem desassombro, que o dispositivo constitucional multimencionado esteve longe de querer submeter o empregador ao regime geral da culpa, ao revés, demonstra a preocupação com um regime especial de culpa para proteger a integridade física e moral do trabalhador e o sistema de seguridade social. Ora, quando o Legislador Constituinte obrigou o empregador a pagar um seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização pelo mesmo motivo, desenganadamente criou uma responsabilidade objetiva ao empregador, repita-se. Qual é o fundamento do seguro se não o risco do empreendimento? Teria sentido se reconhecer uma responsabilidade objetiva e depois dizer que pelo menos fundamento a responsabilidade por acidentes seria subjetiva? Não se aplicaria ao caso a máxima de que onde há a mesma razão aplica-se o mesmo direito? Poder-se-ia dizer que as expressões dolo e culpa citadas no art. 7º XXVIII, da CF enquadraram-se naquilo que a doutrina diz que o legislador falou mais do que devia. Se isso parece um exagero, diríamos então que decorrem da estrutura da Constituição que sempre se reporta aos sistemas gerais, ante a abstração de suas normas. Na interpretação, o que se tem que buscar são menos palavras soltas nas normas, mas mais a finalidade dessas dentro de uma interpretação sistemática, máxime na Constituição que sempre procura resguardar a concretização dos seus princípios vetores ancorada na dignidade da pessoa humana. Se o Estado criou para si uma responsabilidade objetiva contra o empregador, que, por via oblíqua, resguarda direitos do trabalhador, não teria sentido o entendimento que pela mesma razão importasse em responsabilidade subjetiva quando em litígio com o hipossuficiente, que tem muito menor poder perante o empregador. Seria um contrassenso.

A legislação infraconstitucional, posterior à CF/88 obriga o empregador a tomar diversas providências a comprovar que o meio ambiente do trabalho encontra-se saudável e sem elementos nocivos à saúde do trabalhador, a exemplo do laudo de ergonômico ou LTCAT; exames médicos ocupacionais do empregador (ASO'S); PCMSO, PPRA. Todas estas exigências caminham no sentido de que o ônus de comprovar a saúde

do ambiente é mesmo do empregador, daí se concluindo que não há qualquer espaço para se falar que o empregado tem que comprovar o dolo ou culpa do empregador. Por óbvio, se não cumpriu com as determinações de sanear o ambiente de trabalho, dado o risco inerente e presumido do uso dos maquinários, não se há de falar na necessidade de comprovação de culpa. Vale notar que a imposição constitucional para garantia de um meio ambiente saudável inclui o meio ambiente do trabalho. A doutrina alemã firmou entendimento de que em relação a parte do contrato de trabalho onde o empregado não pôde opinar, não se lhe pode atribuir qualquer tipo de ônus, portanto esse entendimento aqui se aplica como uma luva, visto que o empregado, ao assinar o contrato de trabalho, não tem a menor condição de opinar sobre a segurança do local de trabalho, o que fica portanto ao alvedrio do empregador. Atribuir, portanto, uma responsabilidade de o empregado comprovar a responsabilidade do empregador em relação a causa que não pôde opinar na assinatura do contrato, não se coaduna com processo de produção ou colheita de provas no contrato típico de trabalho, com suas nuances.

Extrai-se da mesma forma da doutrina alemã que os deveres de cuidado e assistência que o empregador tem que ter com o empregado é uma forma específica de direito de personalidade do direito do trabalho, portanto impor ao empregado o ônus da prova decorrente de uma ferramenta do empregador é transferir a Ele o ônus do cuidado que deveria ser suportado somente pelo empregador. Nesse sentido se pronuncia Peter Häberle:

“A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da Lei Fundamental sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico na esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo de trabalho, encontra limites no art. 1º da Lei Fundamental; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho”<sup>8</sup>

O que deve reger uma interpretação de qualquer instituto de direito não é uma análise perfunctória ou tópica jogadas quase ao léu, mas sim um estudo aprofundado da epistemologia do instituto, no caso ora em comento, a epistemologia da culpa. Portanto, para uma análise teórica do instituto deve-se ter em conta os seguintes elementos: a teoria do risco do empreendimento; do risco criado; do risco benéfico; da isonomia; do resguardo do meio ambiente de trabalho; do princípio

6. Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, São Paulo – 2007, ed. Renovar, pg. 159/160.

7. Melo, Antônio Moreira Barbosa – *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – vol. LXXXV. Pg. 10/11.

8Häberle, Peter; in *Dimensões da Dignidade Humana*, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e 68.

constitucional da impossibilidade de retrocesso; do dever de cuidado e assistência que o empregador tem que ter com o empregado; o direito geral de personalidade do empregado; e, finalmente, o princípio da dignidade humana. Este deve ser visto aqui sob dois prismas, quais sejam, tanto o da dimensão comunitária (ou social) onde cada e todas as pessoas devem ser reconhecidas em dignidade e respeito, como o da pessoa humana vista em sua forma de unicidade com bloqueio de separação entre a pessoa que pode ser explorada sem consideração aos seus direitos humanos fundamentais.

Para Gadamer, compreensão, interpretação e decisão estão compreendidas indissolúvelmente num mesmo ato, portanto podemos dizer que a compreensão e a interpretação vinculam-se obrigatoriamente aos parâmetros de justiça, visto que a decisão do juiz está sempre vinculada da mesma forma a um juízo de equidade, cujo comando decorre do princípio constitucional de acesso à justiça. A interpretação constitucional comporta a observância de determinadas técnicas. Entre outras técnicas, Gadamer considera a tradição, o encontro de horizontes da norma e do intérprete; o mundo da vida e o preconceito (pré-compreensão), tudo isso analisado dentro do que chama de círculo hermenêutico.

Se colocássemos a norma do art. 7º XXVIII da CF no círculo hermenêutico como norma-mor (todo) e colocássemos da mesma forma a norma do artigo 186 do Código Civil como a parte, teríamos então que no giro o todo completaria a parte e vice-versa, resultando em que não se sustentaria dar-se natureza diversa da norma constitucional com relação à norma do Código Civil e a alegação de não aplicação do art. 927 do Código Civil na Justiça do Trabalho seria, então, simplesmente um sem sentido - data máxima vênia. Karl Larenz adverte que quando o retorno no círculo hermenêutico se dá sem a devida qualificação, temos então uma tautologia. E diríamos que quando este retorno se dá de forma não qualificada isso ocorre não em círculo, mas em linha reta, visto que o que dá "circularidade ao círculo", não são outras coisas senão as próprias qualificações. Dizer, pois, que a responsabilidade é subjetiva sem se ater ao círculo hermenêutico é incorrer em uma tautologia. Mostra-se de insondável importância reconhecer-se na interpretação tanto o horizonte da norma como o horizonte do intérprete, e que na conjunção de ambos encontremos o ponto de estofo da interpretação. No caso ora examinado, nos parece que ambos os horizontes caminham no sentido de uma proteção em detrimento de uma responsabilidade por conta de benefícios a serem auferidos com a exploração da mão de obra, em presumível prejuízo à saúde do trabalhador e do sistema de seguridade social. Se dissermos que os termos dolo e culpa comportariam uma interpretação com suporte em uma sintaxe - uma justificativa para a responsabilidade subjetiva -, nos defrontaríamos com a contradição de que os termos são mais uma imperfeição de semântica do que uma autorização para análise sintática, mesmo porque na norma que ora se interpreta sintaxe, semântica e pragmática se entrelaçam num enredo que dá sustentação à unidade da compreensão, interpretação e decisão.

Se concordarmos com o que já se disse de que a compreensão de hoje será apenas a pré-compreensão de ama-

nhã, teríamos que aceitar com Gadamer de que o mundo da vida deve ser considerado firmemente no momento da interpretação. O mundo da vida aqui devemos entender como as mudanças sociais que atuam na norma como uma mutação da sua finalidade, com manutenção do texto. O horizonte do intérprete está vinculado ao mundo atual, o que nem sempre ocorre com o horizonte da norma (do legislador), por isso que há de haver uma simbiose entre os dois horizontes para se encontrar um ponto de equilíbrio. Quando os dois horizontes se afastam em demasia, podemos estar diante do fenômeno de lacuna axiológica ou ontológica.

Na jurisprudência dos interesses, o juiz deveria verificar a vontade originária do legislador, e sua avaliação pessoal inserir-se-ia apenas se aquela primeira verificação não tivesse sido frutuosa. Ao contrário, na jurisprudência dos valores constata-se que o juiz está sempre obrigado a prolar uma sentença e se propõe a indicar os valores que o guiam, quando a norma silencia. Na jurisprudência dos valores, com Westermann e Larenz foi possível indicar a linha de separação entre norma e valor e entre direito e valor, esta última indicava uma linha contínua ao longo da qual o juiz se move livremente.

#### 1.2 O PRINCÍPIO DO SOLIDARIEDADE INFORMANDO A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.

A publicização do direito privado, inclusive o direito do trabalho, se deu ao longo do século XX, com o advento do Estado Social e a percepção da desigualdade material entre os indivíduos, portanto o direito civil começa superar o individualismo, visto que a *autonomia da vontade* passa a ser mitigada. Esta intervenção do Estado nas relações entre particulares se deu em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, mediante a introdução de *normas de ordem pública*.

Logo após o segundo pós-guerra havia ainda um apelo muito grande para a aplicação da cláusula *pacta sunt servanda* nos contratos, tanto que o Conselho Constitucional na França chegou a levar esta cláusula a uma aferição de sua constitucionalidade. Contudo, essa cláusula já vinha sendo mitigada pela cláusula *rebus sic stantibus*, a chamada teoria da imprevisão, porém esta teoria não podia ser aplicada aos contratos de trabalho, visto que visa uma divisão de riscos, portanto em contratos como o contrato de trabalho não pode haver uma divisão de riscos, por isso também que não se pode falar, em qualquer hipótese, que a responsabilidade do empregador é subjetiva, vez que transfere ônus do risco do empreendimento ao empregado, que somente pode ser suportado por aquele. Para além da cláusula *rebus sic stantibus*, também mitigou a cláusula *pacta sunt servanda*:

i) a função social da propriedade, que abriu espaço para que a função social se integrasse a outras instituições;

ii) a função social do contrato;

iii) o entendimento de que a pessoa humana do contrato não é a pessoa contratual que pode ser dividida, mas uma pessoa na sua unicidade com direitos fundamentais e digni-

dade humana, inseparáveis da sua condição de trabalhador. Radbruch, já referido acima, no início do século passado, advertia que nas relações de emprego, o que se tem que entender para interpretar o direito do trabalho é que de um lado da relação existe não um salário a ser pago por conta de uma prestação de serviços, mas sim uma pessoa humana, que tem dignidade que deve, *a priori*, ser preservada, reservando-lhe especial proteção.

Decorre disso que a preservação do direito de personalidade do empregado na relação de emprego tornou-se questão de ordem pública, conforme preceitua o parágrafo único do art. 2035 do Código Civil.

Nessa linha de raciocínio pontua Gustavo Tepedino<sup>9</sup>:

“Inserida no processo de funcionalização dos institutos do direito civil, a função social enseja a mitigação do princípio da relatividade dos contratos (por assim dizer, a *relativização da relatividade*- grifos do autor), por meio da imposição de deveres aos contratantes. O princípio em tela traduz, portanto, a determinação, aos contratantes, de deveres extracontratuais socialmente relevantes, como forma de superar a já arcaica noção de que o contrato só gera deveres entre as partes. Pelo contrário, inserido que está na ordem constitucional comprometida com valores de solidariedade e igualdade substancial, o contrato apenas será merecedor de tutela pelo ordenamento se promover tais valores”.

Na linha do Prof. Tepedino já vínhamos sustentando que nas relações assimétricas de poder, caso típico do contrato de trabalho, solidariedade e igualdade não podem ser interpretadas a partir da insuficiente dogmática jurídica, que não traz elementos necessários para as postulações com caráter existencial, visto que a igualdade formal revelar-se-ia como injustiça ou uma assunção da desigualdade.

#### 1.3. A NATUREZA DA INDENIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL (ENTRENCHMENT).

O Decreto 4.682/23, conhecido como lei Eloy Chaves, base da previdência social no Brasil, dispõe no parágrafo único do seu art. 39:

“Nos casos de acidente, quando os fundos da Caixa não forem suficientes para o pagamento da aposentadoria ou pensão, conforme as taxas estabelecidas na presente lei, poderão sempre o empregado ou seus sucessores optar pelo recebimento das indenizações na Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que, nesses casos, ficarão a cargo das empresas ferroviárias”

Por sua vez, o Decreto nº 3.724/19, preleciona em seu art. 2º:

“O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo fato do trabalho *ou durante* este, obriga o patrão a pagar uma indenização ao operário ou à sua família, excetuados apenas os casos de força maior ou dolo da própria vítima ou de estranhos (gn)”.

9. Tepedino, Gustavo. O princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo – São Paulo – 2013. Ed. Atlas *In* Direito & Justiça Social, coordenador Thiago Ferreira Cardoso Alves.

Vê-se, através da disposição supra, que o legislador não fazia qualquer referência a possibilidade de livrar-se o empregador da indenização por acidente do trabalho, ressalvado o caso de dolo, o que nos leva à conclusão de que a responsabilidade era efetivamente a objetiva. A dicção ‘ou durante este’ (referindo-se a acidente ocorrido durante a jornada de trabalho, mesmo que não esteja à execução da atividade laboral) reforça o nosso entendimento, acima já lançado, de que basta o fato de o empregado estar à disposição do empregador para fazer jus a uma indenização por dano moral, o que supera a tese de que é devida a indenização somente em casos nos quais as atividades são de risco.

Da mesma forma o decreto em referência deixa estreme de dúvidas de que a responsabilidade objetiva do empregador somente é afastada nos casos de dolo do empregado ou de terceiro. Constatamos, então, que no Brasil existe legislação que postula pela responsabilidade objetiva do empregador. Poderíamos então, diante da história constitucional brasileira e do direito comparado, dizer que normas entrenchmentadas podem sofrer um retrocesso? Nem se pode cogitar de que isso pode se dar por conta de que a responsabilidade subjetiva veio descrita na CF/88 oriunda de um processo constituinte originário que não está vinculado a nenhuma ordem jurídica anterior. A referida legislação infraconstitucional não teria sido recebida pela nova ordem constitucional? Como referimos ao longo desta monografia, podemos verificar que os termos do Art. 7º, XXVIII não trazem elementos que torne o decreto referido revogado por não recebido, ao contrário, pois completamente compatível a norma com o Texto Constitucional. Isso porque a legislação pretérita à CF/88 traz uma valorização social do trabalho ao proteger o ambiente de trabalho e delinear sobre a responsabilidade do empregador, portanto em consonância com o disposto no inciso IV do art. 1º da CF/88.

A doutrina conceitua o entrenchment ou *entrenchment*, também chamado de proibição de retrocesso, princípio do não-retorno da concretização ou princípio da desnaturação do conteúdo da Constituição como a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade. Dessa forma, as prerrogativas dos cidadãos são fixadas em uma determinada intensidade e essa intensidade é protegida para que sua eficácia não se torne cambiante de acordo com variáveis sociais, acarretando uma proteção à precisão dos valores constitucionais, o que impede sua modificação para atender a particularidades e, ao mesmo tempo, serve para aumentar a segurança jurídica do conteúdo das normas constitucionais e efetivar a jurisdição constitucional.<sup>10</sup>

O entrenchment se dá com maior facilidade entre as normas trabalhistas vez que elas, por sua vinculação dos direitos básicos do trabalhador, recebem especial proteção e

10. Agra Moura, Walber – O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In *Justiça Constitucional* – coordenador André Ramos Tavares . ed. Fórum. pg. 24.

são, por isso, normas materialmente constitucionais e direitos fundamentais, visto que, embora não constem da Lei Maior, são equiparadas às normas constitucionais, outras vezes, por se constituírem em direitos de personalidade dos empregados, se imbricam com o conteúdo mínimo do princípio da dignidade humana. No caso ora em comento, trata-se de regras de condições de trabalho que postularam pela responsabilidade objetiva do empregador desde a invenção da máquina que aumentou sobremaneira os riscos de infortúnios, portanto se incorporaram em definitivo no patrimônio dos trabalhadores, sem qualquer possibilidade de retrocesso, sobretudo na contemporaneidade com a sofisticação das tecnologias e a ampliação do atendimento da observação da pessoa humana com unidade com seus direitos fundamentais nas relações jurídicas, máxime nas relações assimétricas de poder como as relações trabalhistas com a magistral diferença de poderio do empregador com o trabalhador e seus instrumentos de exploração.

Walber A. Moura<sup>11</sup>, na obra citada refere que a decisão judicial também é um parâmetro para o estabelecimento do princípio do não-retorno, que pode firmar um determinado conteúdo, impondo, de forma vinculante, sua obrigatoriedade para todos os poderes estabelecidos. Para o mesmo autor a proibição do retrocesso pode ser reconhecida na esfera das decisões judiciais, contudo, deve estar respaldada por condições sociais, para auferir legitimidade dentro das relações de poder existentes na sociedade, sendo estas condições um requisito imprescindível a sua concretização. Isso, segundo o autor, não é um dado apenas dogmático, um *a priori* normativo, seu conteúdo valorativo primeiro deve ser paulatinamente incorporado à sociedade para depois ser concretizado juridicamente.

Podemos afirmar então que nas constituições democráticas, para além dos processos de recebimento pelo sistema constitucional de normas infraconstitucionais compatíveis com a Constituição, são também incorporadas como normas materialmente constitucionais aquelas entrancheiradas à vida do sistema do direito e que não se mostrem incompatíveis com o novo sistema, e foi exatamente o que ocorreu com o Decreto acima referido.

Nesse sentido preleciona Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>12</sup>, *in verbis*

“Ao lado dessas garantias formais, existem aquelas que vigoram por via de implicitude e que são reconhecidas como integrantes do sistema constitucional de liberdades públicas por força de decisões judiciais, consoante previsto na 9ª Emenda da Lei Magna norte-americana, que inclui no elenco dos direitos individuais aqueles já titulados pelo povo (*retained by the people*), o que reverencia a ideia jusnaturalista de direitos “*pré-constitucionais*” e mesmo “*pré-estatais*” a serem observados pelo Estado...”

O que estamos a dizer é agora reforçado com os ensinamentos do Prof. Carlos Siqueira de que algumas normas já titularizadas pelo povo se integram à Constituição de forma implícita; no caso brasileiro, pois nunca tivemos uma Emenda Constitucional com a mesma função da Emenda 9ª da Constituição norte-americana.

Com supedâneo nas lições de José Afonso da Silva, o Desembargador do TRF da 5ª Região, José Augusto Delgado<sup>13</sup> classifica a indenização por dano moral por acidente do trabalho como um direito fundamental, portanto, com extrato constitucional.

Esse debate não deixa de ter o seu lado ideológico, visto que de um lado posicionam-se aqueles com resquícios do Estado liberal, que não veem importância em separar o que pode ou não ser elementos da relação de emprego, por conta da necessária observância da pessoa humana como unicidade. Isso não é de somenos importância, visto que o dano moral enquadra-se no direito de personalidade do empregado, nas suas dimensões física e/ou psíquica. Tanto que, para Thiago Ferreira Neves<sup>14</sup>, o marco do reconhecimento, nos ordenamentos jurídicos, dos direitos de personalidade se confunde com o da tutela dos direitos do homem, que por sua vez tem íntima relação com a ascensão da dignidade humana. Prossegue o mesmo autor dizendo: “Tal ocorre com quaisquer direitos subjetivos, o titular dos direitos da personalidade tem o poder de exigir de outrem um determinado comportamento: em relação aos particulares, devem eles se abster de qualquer conduta ofensiva aos direitos inatos; no que tange ao Estado, além do dever de não violação aos direitos da personalidade, deve ele também promover o desenvolvimento do indivíduo, uma vez que, por serem os direitos da personalidade de direitos inatos à condição da pessoa, deve o Estado ado-

tar medidas que satisfaçam a plena realização da dignidade humana”. No mesmo sentido enfatiza Anderson Schreiber,<sup>15</sup> para quem os direitos de personalidade são inatos à pessoa e inerentes à condição humana, consistindo em um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem.

Quando se postula por uma responsabilidade subjetiva de um direito fundamental, como o decorrente do dano moral acaba-se, de forma indireta, por aceitar uma relativização e derrogação um direito fundamental, desprezando seu forte imbricamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Os direitos de personalidade estão descritos nos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002 e têm como características a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, além de outras descritas pela doutrina. Por isso que Thiago Ferreira Neves reconhece o *status* constitucional das disposições do Código Civil referentes aos direitos de personalidade integrando-as no chamado *bloco de constitucionalidade*, portanto as normas que asseguram o direito de personalidade seriam normas materialmente constitucionais, ou seja, não estão inscritas formalmente na Constituição, mas têm conteúdo de constitucionais.

Em sendo a indenização por dano moral um direito fundamental, não é preciso maiores inserções em hermenêutica para se concluir que não se pode exigir, em nenhuma hipótese, que se obrigue o empregado a fazer a prova de que não dera causa ao acidente ou possibilitar que o empregador faça a prova de que não tivera culpa pelo acidente. E assim o é, visto que, de ordinário, todos os direitos fundamentais se reconduzem ao princípio da dignidade humana pela identificação de um núcleo essencial comum<sup>16</sup>. Esta atração se dá para a garantia do mínimo de existência condigna com suporte no princípio da dignidade humana. A imposição de provar que o próprio titular de um direito fundamental não deu causa à sua violação quando explorado por um terceiro detentor dos objetos de exploração que trazem riscos na sua essência, equivale a admitir que um direito fundamental pode ser derogado ou renunciado de forma tácita.

Como já dissemos acima, a indenização por dano moral por acidente do trabalho se insere nas garantias constitucionais de integridade física e psíquica, por isso é considerada um direito fundamental. Não foi outra a intenção do legislador a elaborar o Decreto 3.724/19. Isso por que a possibilidade de indenização se dá em meio a um contrato onde um ser humano coloca sua vida e integridade física em risco sem uma contraprestação contratada. Daí o suporte da sustentação da nossa tese de que basta estar o empregado à disposição para ver-se no direito de receber a indenização.

Atua, ademais, como óbice a uma interpretação de que o art. 7º, XXVIII da CF/88 trata de responsabilidade subjetiva, o princípio do não retrocesso social ou entrancheiramento de nor-

mas. Ora, com os adventos do Decreto 3.724/19 e das Lei Eloy Chaves e de leis no direito comparado, sobretudo na Europa, que se referiam a proteção contra acidentes do trabalho, todas obrigavam os empregadores com responsabilidade objetiva.

Nem mesmo as constituições estão livres para retroceder em direitos conquistados secularmente e que têm assento em asseguramento de garantias constitucionais, visto que se reconduzem ao núcleo essencial do princípio da dignidade humana - que se confunde com o próprio Estado Democrático de Direito. Impede-se, pois, qualquer tipo de retrocesso. O não-retrocesso em direitos fundamentais é da própria essência do Estado de Direito.

Sobre a impossibilidade de a Constituição retroceder assim se posicionou o Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>17</sup>:

“O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE- Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal) 3, 225 (232). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3,58 (119); 6,132 (198)).

O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo ab initio....

A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, §3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante e necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretiza-la é a tarefa da jurisprudência”.

Nesse sentido concluiu o Tribunal Constitucional Federal alemão:

17. Apud. Alexi, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo – 2011 Ed. Martins fontes, pg. 10.

11. Agra, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In Justiça Constitucional. Belo Horizonte – 2007. Editora Fórum, pg 23/24.

12. Castro, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Rio de Janeiro – 2005. Ed. Forense, p. 31. Refere, ainda, o autor em nota de rodapé que tanto a Constituição brasileira outorgada em 1969 quanto a norte-americana, aquela no art. 153, §6º (“a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”), e esta na 9ª Emenda (“The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed by deny or disparage others retained by the people”) são categóricos ao admitirem que a enumeração que fazem dos direitos fundamentais não é em absoluto excludente de outros direitos que

resultem implicitamente dos sistemas dos princípios tutelados de outros direitos que resultem implicitamente dos sistemas de princípios tutelados por cada uma delas e que, por isso, ficam por igual abrangidos pela proteção do estatuto constituinte. O mesmo assevera, e ainda com maior amplitude, a Constituição do Brasil de 1988, ao dispor, no art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta 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”

13. Delgado, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia, in Direitos Humanos – Vol. I, p. 557. – São Paulo. 2011. Revista dos Tribunais.

14. Neves, Thiago Ferreira Cardoso. Direito & Justiça Social p. 173, ed. Atlas.

15. Schreiber, Anderson. Direitos de personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

16. Canotilho, JJ Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, 7ª Ed. Editora Almedina.

Na *praxis* da jurídica, de ordinário, em primeiro grau, os juízes adotam amplamente a responsabilidade objetiva, mesmo porque transferir o risco do empreendimento ao empregado não é outra coisa senão violar a sua dignidade humana, pois passa o empregado a ser objeto do contrato, sem uma contraprestação que faça jus à sua dignidade.

## 2. DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ASSALTOS

Questão que na jurisprudência e doutrina pátrias há divergência é em relação ao direito ao dano moral quando o empregado sofre assaltos e desenvolve doenças psíquicas por causa do trauma. As empresas costumam contestar o pedido dos empregados com a alegação de que os assaltos decorreram de deficiência da segurança pública, cuja responsabilidade é do Estado, pleiteando, por isso, que sejam eximidas de pagar indenização. Nossos tribunais e o TST comungam quase majoritariamente com este entendimento, embora recentemente decisões pugnam pela responsabilização do empregador.

Por amor à justiça e sensibilidade às questões muitas vezes dramáticas que envolvem as causas trabalhistas, nossa opinião tem sido discordante da opinião majoritária da jurisprudência trabalhista em diversos temas, inclusive no presente, máxime quando a jurisprudência não preza por uma interpretação com sólido suporte no princípio da dignidade humana. Vejamos mais a fundo essa questão dos “assaltos” e como a ortodoxia jurídica, aplicada sem a devida reflexão, pode “furtar” mais um direito ao trabalhador assaltado.

Abordaremos a questão dos empregados que trabalham com produtos com grande potencial de sofrer assalto, como os entregadores de cigarro. Para esses trabalhadores, a rotina de assalto é muito grande, o que os leva a desenvolverem patologias cuja causalidade tem relação direta com os infortúnios de suas tarefas.

Na jurisprudência e doutrina europeias, a questão da indenização por dano moral, com sua experiência secular, tem se pautado por entender como indenizável o ‘simples’ susto ou sofrimento de uma pessoa por ter assistido uma cena degradante e de grande sofrimento *v.g.* um acidente grave com vítimas. Por que, então, no Brasil, atribuímos tais sofrimentos a deficiências da segurança pública?

A relação de causalidade entre os assaltos sofridos pelos empregados e as doenças diagnosticadas decorre do grande sofrimento no momento dos assaltos, no qual, de ordinário, sofrem perigo real de perda da vida. Portanto, salta aos olhos não só a relação de causalidade entre os assaltos e as moléstias desenvolvidas, mas também o fato de que assaltos derivam do risco do empreendimento que deve ser suportado somente pelo empregador e nunca pelo empregado. Aceitar que o empregado pode realizar suas tarefas diárias com a tensão de ser assaltado a qualquer momento colocando sua vida em perigo, sem uma contraprestação mediante indenização, é o mesmo que contrariar a teoria de I. Kant, para se dizer que o ser humano pode ser usado como meio e que sua dignidade humana pode ser relativizada para maximizar o lucro do empregador, tese esta que a nossa Constituição refuta

com veemência.

A aparente força da tese invocada pelas empresas de elemento externo, qual seja, o que poderíamos classificar como *fato do príncipe* pretensamente escusatório (segurança pública deficiente), seja força maior ou caso fortuito que as atinjam, não ganha sustentação diante da clara previsibilidade de sua ocorrência, o que afastaria tais excludentes. Não obstante existirem elementos externos que possam potencializar o risco da atividade do empregador, atuando como se fora uma concausa na implementação do dano ao empregado, a culpa objetiva do empregador permanece intacta quando não atuou para afastar os efeitos da referida relação.

Não pode o empregador alegar que a responsabilidade pela segurança pública é tão-somente do Estado e que, por isso, os assaltos jamais poderiam ser elementos que ensejassem o deferimento de indenização por dano moral. Por se constituir em elemento externo, uma *falta do serviço* do Estado somente pode ser invocada pelo empregador perante o próprio Estado. Nunca dará azo, portanto, a mudanças nas condições do contrato de trabalho, atuando com se fora um *fato do príncipe* capaz de relativizar o sinalagma e a comutatividade do contrato de trabalho, violando, por consequência, o disposto no art. 468, da CLT.

Ademais, como ressalta Celso Bandeira de Melo, a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiro é a objetiva. Contudo, quando há alegação de *falta do serviço*, a responsabilidade do Estado é subjetiva, competindo a quem alegar comprová-la, segundo a teoria da culpa anônima. Vale dizer que não pode o empregador contratante alegar fato de terceiro para se eximir do pagamento de indenização por dano moral, uma vez comprovada a relação de causalidade, ainda que este terceiro seja o Estado. Nesse caso, aliás, quem deve acionar o Estado não é o empregado, mas o empregador prejudicado em seu patrimônio pelos assaltos. Demais disso, não se trata no vertente caso de fato de terceiro, vez que, em sendo a responsabilidade do Estado subjetiva nesse aspecto, somente após a comprovação da *falta do serviço* (de segurança pública), poderia a empresa falar em fato de terceiro. Isso, se se pudesse admitir fato de terceiro presumido e não real, o que torna ainda mais frágil tal argumentação.

## 3. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ERRO SOBRE A PESSOA

A questão abordada no item anterior leva-nos a uma outra que já foi trazida a uma das Varas do TRT2. Consistia no fato de uma empregada de um Banco, com o mesmo prenome e características físicas de uma colega de trabalho que tinha a chave do cofre, ter sido sequestrada em busca da respectiva chave que não possuía. Em casos tais, tendo os sequestradores confundido a empregada sequestrada com outra funcionária que tinha suas características e que tinha potencial risco de ser sequestrada por ter, por exemplo, a chave do cofre, como narrado, e se comprovado que este risco decorreria de transferência parcial de responsabilidade do empregador pelo do risco do empreendimento, poder-se-ia cogitar de se deferir uma indenização por dano moral decorrente de erro sobre a pessoa, instituto importado do direito penal, haja vis-

ta que o meliante querendo sequestrar uma pessoa acabou por sequestrar a pessoa errada. A circunstância possibilitaria a aplicação da tese pelo fato de a empregada não só ter as características de outra colega de trabalho, mas também pelo fato de ambas serem empregadas do mesmo empregador. A relação de causalidade, nesse particular, seria importada das atividades que exercia a pessoa que realmente queriam sequestrar e, assim, devida seria a indenização por dano moral à pessoa que efetivamente sofreu o dano.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, dizemos que a responsabilidade por danos causados por acidente do trabalho é objetiva, já que a Constituição Federal não se presta a explicitar conceitos e ao seu art. 7º, XXVIII, não trata especificamente de responsabilidade por acidente do trabalho, além do que, é tarefa do Código Civil a concretização da responsabilidade por acidente conforme os sistemas geral (art. 186) e subsidiário (art. 927).

Outrossim, existe legislação recebida pela Constituição a informar a responsabilidade objetiva das empresas e, entretanto, ganhou status de norma constitucional. Ademais, nem as Constituições podem retroceder em direitos incorporados ao patrimônio dos trabalhadores, visto que a concepção de constitucionalismo é um sempre avanço nas conquistas sem possibilidade de retrocesso, sobretudo em relação a benefícios que se dirigem à proteção da integridade física e moral dos trabalhadores assegurados pela dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana; na observância do direito individual de personalidade de cada trabalhador consubstanciado no dever de cuidado e assistência – ônus do empregador. Não é por outro motivo que a doutrina do direito constitucional não aceita no Brasil - em relação aos direitos trabalhistas -, a teoria da aplicação indireta dos direitos fundamentais, mas tão somente a teoria da aplicação direta, visto que os direitos trabalhistas são considerados como direitos fundamentais desde 1934. No particular não se pode falar em mutação constitucional *in malam parte*, o que ocorreria sempre que uma norma de direito do trabalho benéfica fosse interpretada de forma a afastar direitos incorporados no patrimônio dos trabalhadores e à consciência nacional.

Em se tratando de dano moral decorrente de assaltos, salta aos olhos a relação de causalidade entre os fatos (assaltos) e o dano psíquico sofrido, não podendo o empregador validamente alegar responsabilidade de terceiro a fim de se ver livre da indenização a que está obrigado. Se de outra forma entendêssemos em tese correta a alegação de que a responsabilidade pela segurança do trabalhador é do Estado, afastada estaria a responsabilidade do empregador e os assaltos então teriam característica de *fato do príncipe*, visto que alteraria o contrato mesmo sem se constituir em hipótese de *jus variandi*, excluindo, assim, a responsabilidade do empregador.

RODRIGO ACUIO

Juiz Substituto do TRT-2  
Membro do Conselho Fiscal da AMATRA-2

## HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO ARQUIVAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA?

“Não basta ensinar ao homem uma especialidade, porque ele se tornará assim uma máquina utilizável e não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático do que vale a pena ser empreendido, do que é belo e moralmente correto.”

Albert Einstein

Como se sabe a Lei 13.467/2017 incluiu na CLT o artigo 791-A, prevendo honorários de sucumbência entre 5% e 15%, calculados sobre: a) o valor resultante da liquidação; b) o proveito econômico obtido ou; c) o valor atualizado da causa.

Não ingresso aqui na tese de inviabilidade ou não do direito de ação do empregado, que seria obstado pela possibilidade de pagamento de tal verba ao patrono do empregador.

Dentro da multiplicidade de dúvidas que surgiram e ainda surgirão a respeito da aplicação prática do preceito, certamente uma delas está em se saber se ele cabe também no caso de arquivamento de reclamação trabalhista, ou melhor, se ele se adapta a esta particularidade do processo do trabalho.

O citado artigo 791-A não trata do cálculo dos honorários na hipótese de ausência do reclamante à primeira audiência (una ou inicial) - o que provoca o arquivamento da reclamação trabalhista.

Essa falha só pode ser explicada pela rapidez com que as profundas alterações foram tratadas, bem como pela pressa em colocá-las em vigor, sob o influxo da argumentação consistente na necessidade de fazer o Brasil voltar a crescer, como se emprego dependesse da quantidade e qualidade de direitos e não de produção e de bons acordos comerciais.

De todo modo a alteração está aí e precisa ser enfrentada porque, quando a lei é omissa, cabe ao juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB).

A ausência do reclamante na audiência em prosseguimento não revela dificuldade, na medida em que a demanda será julgada com base na confissão do autor, como consta da súmula 9 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nessa hipótese, sendo extinta a reclamação - com ou sem resolução de mérito -, a decisão ensejará a aplicação do artigo 791-A, por força do Código de Processo Civil subsidiário, que prevê, no parágrafo 6º do artigo 85, o cabimento dos honorários ao advogado do vencedor “inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”.

O arquivamento da reclamação quando ausente o empregado decorre do *caput* do artigo 844 da CLT, providência que nos domínios do processo do trabalho equivale a extinguir o processo sem resolver o mérito.

Colocadas as coisas dessa maneira o assunto estaria resolvido, pois se a CLT não prevê expressamente honorários de sucumbência em caso de extinção sem mérito, o CPC o faz.

Entretanto, retomando o artigo 4º da LINDB, tal solução não nos parece justa, ou melhor, nos parece até mesmo brutal.

Sabe-se que muitos reclamantes deixam de comparecer por desleixo, mas é comum também que isso aconteça pelas seguintes razões: a) emprego recente e medo de faltar para a audiência; b) atraso provocado por trânsito caótico, mobilidade urbana inexistente e falhas no transporte público, ainda que tomadas as precauções de praxe; e c) ausência de dinheiro para o transporte.

Assim, a nosso ver, na hipótese, a aplicação subsidiária do CPC e condenação do reclamante a pagar honorários de sucumbência, provocaria uma decisão super rígida e, com o tempo, até mesmo o afastamento da Justiça do Trabalho, a menos que a audiência deixe de ser obrigatória um dia, citando-se para apresentação de defesa em secretaria e marcação posterior de audiência de instrução, quando o juiz fixará os pontos controvertidos ou resolverá o processo no estado (artigo 355 do CPC).

Imagine-se a comum hipótese de pedido de reconhecimento de doença provocada por acidente de trabalho, fundado em múltiplos atestados médicos e afastamentos previdenciários baseados em reconhecimento da doença relacionada ao trabalho (código 91); some-se que o valor da causa deverá refletir o pedido com indicação do valor em decorrência do novo parágrafo 1º do artigo 840 da CLT, ou seja, com facilidade, ultrapassará a quadra dos milhares de reais.

Ocorre que, no dia da audiência, o reclamante se vê sem recursos para pagamento do trajeto entre sua residência (ou trabalho) e o Fórum, ou simplesmente encontrou nova colocação no mercado de trabalho, e tem o justo receio de informar a seu novo empregador que deverá comparecer à audiência em reclamação trabalhista por ele proposta (essa hipótese é a mais comum, dentre aqueles que deixam de comparecer por razões justas).

Nesse caso, a ordem de arquivamento, aplicado o CPC e o entendimento de que se trata de solução sem resolução de mérito, que atrai pagamento de honorários, implicará em uma verdadeira tragédia social, obrigado que estará o empregado a pagar alta soma a título de honorários de sucumbência.

Certamente tal trabalhador nunca mais procurará a Justiça do Trabalho.

Portanto, a nosso ver, melhor concluir que a Reforma, a par de intensa, preferiu não autorizar honorários de sucumbência na hipótese de arquivamento, tanto que não fez referência a

ele, ainda que se possa compará-lo à extinção sem mérito, pois o artigo 844 da CLT - agora com vários parágrafos - impõe custas ao reclamante ausente e, mesmo assim, não tratou dos honorários na hipótese.

Finalizando, a solução proposta passa pela equidade prevista no *caput* do artigo 8º da CLT, pois não se pode perder de perspectiva que o processo é técnica de solução de conflito com justiça e não técnica de solução de conflito e de ampliação de estatísticas, para que os magistrados não sejam vistos “como meras máquinas utilizáveis e não personalidades”.

## JURISPRUDÊNCIA

Reclamante(s): **TRANSMARONI TRANSPORTES BRASIL RODOVIARIOS LTDA**  
Reclamada(s): **UNIÃO FEDERAL**

Aos 28 dias de abril de 2017, pelo MM. Juiz do Trabalho Substituto, Dr. **FÁBIO MOTERANI**, à análise a presente ação, prolatou-se a seguinte sentença:

### I. RELATÓRIO.

O(a) reclamante postula anulação dos autos de infração encetados pela fiscalização do Ministério do Trabalho acerca do cumprimento do percentual de contratados portadores de deficiência, abstenção de inscrição no CADIN e interpretação do art. 93 da Lei 8.213/91 observando-se o princípio da razoabilidade.

Conferida liminar suspendendo as atuações e a inscrição no CADIN enquanto em trâmite a ação em que se discute o tema.

A defesa impugna as pretensões (fls. 138/149)

Réplica (fls. 157/164).

Manifestação do Ministério Público do Trabalho (fls. 214/223).

Encerrada a instrução processual.

Razões finais pela parte autora e pelo Ministério Público (fls. 233/241).

### II. FUNDAMENTAÇÃO.

A parte autora pretende que o Judiciário direcione-se no ativismo negativo, uma vez que espera pronúncia interpretativa diversa à literalidade da lei e dissonante aos cânones constitucionais e supralegais quanto à inserção ao mercado de trabalho de pessoas portadoras de necessidades especiais.

O art. 93 da Lei 8.213/91 erigiu a concretização dos princípios constitucionais, a iniciar por seu preâmbulo, quando faz menção a igualdade, justiça, pluralidade sem preconceitos, harmonia social, assim como em seus artigos, fundamentando o Estado, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigos 1º e 3º). Também lembra a função social da propriedade ao se referir à ordem econômica, assim como, uma vez mais, insiste na redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170).

Todas essas normativas pairam exclusivamente no plano do idealismo para aqueles que se habituaram a vivenciar um mundo cada vez mais monetizado, em que a frieza decorrente do individualismo exacerbado prevalece sobre qualquer tentativa de concretizar a conformação do diferente, do outro, do estranho. Somos ilhas e como tais o hedonismo de que decorre a busca desenfreada pelo lucro ressoa na sobrevivência em uma economia na qual o patente sistema de produção capitalista tem sofrido a degeneração dos conflitos inter-humanos e em escala além-fronteira. Da maximização do lucro

e da sobrevivência nesse mar gélido decorre a coisificação do ser humano o qual, não obstante, ainda se mostra útil – pelo menos por ora – para o funcionamento da engrenagem social e econômica.

Desse contexto extrai-se o descarte do trabalhador doente, portador de alguma necessidade especial, ou momentaneamente improdutivo por fatores alheios, ou não cumpridor de meta cada vez mais inatingível. Sem contar a discriminação por gênero e raça. Somente um ensaio sobre a cegueira poderia ignorar esses pontos nefrágicos na sociedade. Surpreendente que o incômodo não derive desse estado das coisas, mas da coexistência com o diferente ou com o inútil na acepção da ciência econômica.

Desses valores-referências do mundo atual torna-se mais fácil questionar qualquer norma protetora da pessoa; outro incômodo é a menção de direitos alçados à categoria de fundamentais, os direitos humanos – expressão incompreendida por vezes. Norma esta que atrapalha o “desenvolvimento econômico do país”, que “não se mostra razoável”, ou algo que o valha.

Por se falar em razoabilidade, o princípio evocado pela parte autora para fundamentar sua pretensão, analisemos sob a perspectiva da lei questionada. Trata-se da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991. Portanto, a autora está há mais de 25 anos atrasada no enfrentamento do desafio que é cumprir seu papel social na ordem econômica em que atua. Ainda que porventura tenha sido constituída depois da lei, fácil supor que sua constituição deveria atender desde já à diretriz legal cuja natureza encerra material fundamental.

As tentativas de contratação de pessoas portadoras de necessidades especiais são contemporâneas à fiscalização. Ainda assim, insuficientes. A alegação de falta de demanda não procede.

As mídias utilizadas são incapazes de absorver a demanda, por certo. Das 23 tentativas, possivelmente um gestor atento à necessidade econômica – e não social - teria percebido isso na quinta tentativa. A expedição de ofícios às entidades citadas na inicial (SEST/SENAT, INSS, Detran/SP, Cetesb e SINE) não se explicam por si. A relação de entidades indicadas pelo Ministério Público em suas razões finais mostra-se mais verossímil para o fim colimado.

Além de tudo, buscar a contratação de “motorista carreteiro” não é tão simples. Exige um pouco mais de cuidado. Por exemplo, utilização de agências especializadas em recolocação, como geralmente ocorre para a contratação de gestores ou outras funções sensíveis. Há um empenho na contratação de pessoas cujo retorno econômico fica mais evidente, não ocorrendo o mesmo em se tratando de cumprimento de seu papel social ao conferir uma, duas ou inúmeras chances a pessoas que não teriam iguais condições de se candidatar ao emprego.

Vale lembrar que a deficiência não é apenas a disfunção motora que pudesse impedir o trabalho como motorista. A considerar o critério traçado pela representante da prefeitura, conforme email de fl. 81, não é difícil supor a possibilidade

de o empresariado empenhar-se para a contratação, ou até mesmo habilitar pessoas a esse fim, algo que faria em caso de escassez de mão de obra, porquanto disso dependeria a continuidade de sua atividade econômica.

O argumento de que o trabalho de motorista não pode ser exercido por portadores de deficiência não guarda qualquer ressonância legal. Qualquer normativa nesse sentido seria de patente inconstitucionalidade e contrário à norma supralegal, o Decreto 6949/2009, que ratificou a Convenção de Nova York que discorre sobre o tema. Por oportuno, do art. 147, § 4º, do CTB não se infere qualquer proibição, apenas maior critério de avaliação do motorista. Dessa norma se verifica expressamente que o legislador entende possíveis os dois mundos: motorista e portador de necessidades especiais.

O argumento de que a adaptação do veículo não é razoável porque exigiria da empresa os custos inerentes e que não tem amparo legal é equívoco. A citada Resolução 80/98 do Contran, em seu item 10.3, não possui o alcance pretendido pela parte autora, e nem poderia. Se necessária a adaptação, estaria no custo da empresa em conformidade com que tudo foi escrito até aqui, nesta sentença, nas inúmeras convenções e pactos internacionais sobre o tema, mas, sobretudo, em nossa Constituição da República.

A política de educação inclusiva citada na inicial inicia-se com a LEI determinando a contratação, devidamente em consonância com a Convenção de Nova York acima citada (Decreto 6949/2009). A cooperação técnica para sua viabilização poderia ser implantada e aperfeiçoada no seio da iniciativa privada.

Ademais, deixando à margem a discussão quanto à contratação de motorista, não se afigura impossível a contratação de 33 ou 34 pessoas portadoras de necessidades especiais em um universo de 268 ou 264 postos existentes na empresa em setores administrativos e operacionais.

Retomando às diretrizes internacionais a respeito do assunto, grande é a lista indicada pelo Ministério Público do Trabalho em suas razões finais. Mas destaco a já mencionada Convenção de Nova York, de natureza supralegal e de índole fundamental, tendo no preâmbulo muitas dessas diretrizes, a destacar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Também faz menção à diversidade, ao desenvolvimento sustentável, aos direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, requerendo maior apoio, de forma a eliminar barreiras físicas, ideológicas e psíquicas, e aqui faço um aparte, sobretudo junto àqueles que detêm a possibilidade para isso, o Estado, a sociedade e o empresariado. É preciso quebrar as barreiras do descaso ou do preconceito. De alguma forma, o primeiro passo tem que ser dado, mesmo com 25 anos de atraso.

Tudo isso porque é necessário melhorar as condições de vida, especialmente se considerar que as pessoas com deficiência que necessitam trabalhar estão enquadradas na base do estamento social. Geralmente vivem em condições de pobreza. Estigmatizadas. É necessário lidar com a questão de forma crítica, conforme lembra a Convenção.

Hoje, o art. 93 da Lei 8.213/91 seria um dos elementos imprescindíveis para “corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência”.

Por fim, o art. 3º, “e”, trata da igualdade de oportunidades, ao passo que o mencionado art. 93 indica um pequeno percentual. O art. 4º, item 1, “d” é expresso no sentido de que o Estado, aqui traduzido em um de seus membros, o Judiciário, deve abster-se de promover qualquer medida contrária aos ditames da Convenção. Essa decisão não poderia ir para direção diversa, portanto.

Logo, julgo improcedentes as pretensões. Por consequência, revogo a liminar suspendendo atuações e inscrição no Cadin a partir da publicação da presente decisão.

### HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em virtude da mera sucumbência, devidos os honorários advocatícios a favor da ré, à razão de 10% sobre o valor da causa, conforme I.N. nº 27 do C. TST, aplicando-se o regramento geral do CPC.

### EMBARGOS DECLARATÓRIOS

O acentuado volume de trabalho agrava-se com medidas desnecessárias em descuido ao correto tratamento legal na condução do processo. Por essa razão, sob pena de multa correspondente, importa observar que: **(1)** não há prequestionamento em primeira instância; **(2)** os embargos declaratórios não se prestam a rebater argumentos ou servem de instrumento de dialeticidade da sentença. Para o controle de eventual injustiça que entende sofrer há recurso próprio; **(3)** o magistrado não está obrigado a afastar, rebater ou responder um a um os argumentos das partes, quando já tenha formado suficiente convicção para embasar a decisão. Não fica adstrito aos fundamentos declinados pelas partes.

### III. CONCLUSÃO.

Pelo exposto, julgo **IMPROCEDENTES** as pretensões de **TRANSMARONI TRANSPORTES BRASIL RODOVIARIOS LTDA** contra **UNIÃO FEDERAL**.

Revoga-se a liminar suspendendo atuações e inscrição no Cadin a partir da publicação da presente decisão.

Devidos os honorários advocatícios a favor da ré, à razão de 10% sobre o valor da causa, conforme I.N. nº 27 do C. TST, aplicando-se o regramento geral do CPC.

Intimem-se a ré e o Ministério Público na forma da lei.

Custas a cargo da autora, sobre R\$ 74.571,08, no importe de R\$ 1.491,42.

Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se. Data supra.

**FÁBIO MOTERANI**

Juiz do Trabalho

## S E N T E N Ç A

PROCESSOS N. 1000822-51.2016.5.02.0447

RITO: Especial

DEMANDANTE: Ministério Público do Trabalho

1ª DEMANDADA: JCR Comércio de Calçados Ltda.

(Grupo Kallan)

2ª DEMANDADA: RJF Comércio de Calçados Ltda. (Grupo Kallan)

(Grupo Kallan)

DATA: 17.04.2017 (2ª feira). HORA: 08h00

JUIZ DO TRABALHO: Igor Cardoso Garcia

Na data e no horário acima assinalados determinei a abertura da presente sessão (CLT, art. 765), com vistas à prolação da seguinte sentença:

### I – RELATÓRIO.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face de JCR Comércio de Calçados Ltda. (Grupo Kallan) e JCR Comércio de Calçados Ltda. (Grupo Kallan), decorrente de denúncia realizada acerca da existência de revista de pertences nas demandadas (ID. 8db0570 e aditamento ID. 3bfe6e8). Em face do acima narrado, requereu o MPT, em suma: (i) reparação por danos morais coletivos; e (ii) o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, com o julgamento final procedente. Com a inicial vieram aos autos documentos que instruíram o inquérito civil perante o MPT, dentre outros. O Juízo deferiu o requerimento de tutela de urgência (ID. 5b0b895), a qual foi mantida em decisão monocrática em sede de mandado de segurança (ID. fe0cee1). A demandada apresentou contestação (ID. 4cb50dd), resistindo aos pedidos contidos em petição inicial. Juntou documentos. Foi realizado o interrogatório da demandada e encerrada a instrução processual (ID. 537b5e4). As partes apresentaram razões finais escritas, restando frustradas as propostas conciliatórias oportunamente ofertadas. É o breve relatório.

### II – FUNDAMENTAÇÃO.

**a) Condição da ação. Legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.**

As demandadas arguíram a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da presente ação, sob o fundamento de que este não possui legitimidade para atuar em processos que versem direitos individuais homogêneos, em suma.

Pois bem.

A presente ação trata de suposto descumprimento de leis trabalhistas de um grupo de trabalhadores, empregados das demandadas.

Trata a ação de pedido que envolve pessoas determináveis que possuem *interesses decorrentes de origem comum*, quais sejam, os trabalhadores das demandadas. Portanto, envolve a ação direitos individuais homogêneos (art. 81, III do CDC).

Envolve também possíveis futuros trabalhadores das demandadas, pois novos empregados poderão ser admitidos em seus quadros, de sorte que a ação, em sendo procedente, afetará sua esfera jurídica, posto que farão jus aos benefícios trazidos pela presente. Assim, visualiza-se direitos coletivos,

pois envolve *interesses de natureza indivisível de grupo de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base* (art. 81, II do CDC).

Saliento que a solução de processos de maneira coletiva, com a atuação do MPT, é benfazeja aos jurisdicionados, que não precisam ajuizar ações individualmente, ao Poder Judiciário, que com um processo pode solucionar centenas, milhares de questões e ao Estado, que com isso reduz despesas com o Poder Judiciário, além de reduzir o número de decisões conflitantes, o que desabona a imagem da Justiça perante a sociedade.

Mais, não seria razoável que a presente ação, após quase um ano de seu ajuizamento, após tentativas de conciliação, audiência e juntada de documentos, não atingisse o seu esperado fim: um julgamento de mérito.

Ainda, visualiza-se claramente no presente processo a presença de direitos individuais homogêneos e de direitos coletivos, sendo autorizada e até estimulada a presença do Ministério Público do Trabalho como autor de ações desse jaez, a teor do art. 129, III da Constituição Federal, arts. 6º, VII, alíneas **a**, **b** e **d** e XIV e 83, III da Lei Complementar 75/93 e arts. 3º e 5º da Lei 7.347/85.

Por fim, o Ministério Público do Trabalho pleiteia reparação por danos morais coletivos, como representante da sociedade, em razão do suposto descumprimento deliberado de leis por parte das demandadas.

Portanto, rejeito a preliminar arguida.

### **b) Revista íntima. Revista de pertences. Conduta ilícita.**

O Ministério Público do Trabalho - MPT ajuizou a presente Ação Civil Pública com pedido de tutela de urgência sem a oitiva da parte contrária decorrente de denúncia e investigação que constatou a realização de revista íntima (em pertences) dos empregados da requerida.

Aduz o MPT que a requerida reconheceu a revista nos pertences de seus empregados e afirmou tratar-se de conduta legal, razão pela qual não aceitou firmar TAC.

Afirma que a conduta da demandada é desarrazoada, ofende a dignidade de seus empregados e ignora a regra de presunção de inocência, em síntese.

A demandada aduz que realiza revista visual de bolsas e mochilas, o que não seria revista íntima, sendo que os próprios trabalhadores abrem-nas, tudo de maneira impessoal, discreta e sem contato físico.

Assevera que possui direito a proteger seu patrimônio e que não existe lei vedando a revista de pertences, em síntese. Análise.

#### **(i) delimitação dos fatos em discussão.**

No caso, discute-se se a revista de pertences, sem contato físico, realizada pela demandada, configura-se revista íntima e se o ato é lícito.

#### **(ii) intimidade.**

Costuma-se diferenciar em sede doutrinária e até jurisprudencial a revista que seria íntima, com retirada de roupas, da

revista de pertences ou visual, com abertura de bolsas e mochilas. Essa análise parte do pressuposto de que se não há retirada de roupas, exposição do corpo, a revista não é íntima, e que o acesso às bolsas e mochilas não viola a intimidade.

Entretanto, parece-nos que o pressuposto adotado está equivocado, vejamos.

Conforme o dicionário Caldas Aulete, intimidade pode ser definida como privacidade<sup>1</sup>.

E privacidade significa reguardo quanto às coisas pessoais, privadas, íntimas.

Nesse sentido, bolsas, mochilas, carteiras etc constituem extensão da privacidade das pessoas, merecendo efetiva proteção.

#### **(iii) proteção da intimidade.**

O art. 5º, X, da Constituição Federal prevê o seguinte:

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

(...)

X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)**” (grifo nosso)

Nas palavras do Professor José Afonso da Silva<sup>2</sup>, ao comentar tal inciso:

“(…) Toma-se, pois, a ‘**privacidade**’ como ‘**o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito**’. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, ‘**abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo**’.

(...)

**3. INTIMIDADE.** O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à *privacidade*. Esta é uma terminologia do Direito Anglo-Americano (*right do privacy*) para designar aquele, mais empregada no Direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa *intimidade* de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas – de que trataremos, por isso, em tópicos apartados.

1. <http://www.aulete.com.br/intimidade> acesso em 12.04.2017, às 15h45.

2. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pags. 100-101.

Segundo René Ariel Dotti, **a intimidade caracteriza-se como ‘a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais’** - o que é semelhante ao conceito de Adriano De Cupis, que define a **intimidade (riservatezza) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma**. Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional.” (itálicos no original, grifos nossos)

Da análise desses conceitos, pode-se concluir que a proteção constitucional à intimidade e à privacidade é ampla, valorizando a dignidade humana, figura que não pode ser utilizada apenas como retórica ou para vender cursos e livros.

Se a Constituição Federal alçou a dignidade humana ao seu “epicentro axiológico” (expressão ao gosto de diversos constitucionalistas), toda a análise de seu texto deve ser permeada por tal visão.

Assim, deve-se conferir máxima proteção aos dispositivos constitucionais que imprimem efetividade à dignidade humana, sendo na verdade seu componente, tais como a intimidade e a privacidade.

Nesse contexto, qualquer ato que tenha por finalidade a revista de empregados configura-se como ilícito, notadamente quando não se está diante de trabalhador que tenha contato com segredo de Estado ou algo do gênero.

Ora, as bolsas e mochilas são extensão da privacidade e intimidade de cada um. Ali, empregadas e empregados podem guardar objetos de seu único e exclusivo interesse, que digam respeito à sua intimidade, e não desejarem que terceiros tenham acesso. Podem por exemplo ser medicamentos controlados – que costumam estigmatizar pessoas – até objetos relativos à atuação sindical – que costumam sofrer repulsa patronal.

E qualquer ato que obrigue trabalhadores a mostrarem o que está dentro de suas bolsas e mochilas viola sua privacidade e intimidade.

Nesse contexto, diferenciar a revista que seria íntima, com retirada de roupas, da revista de pertences, com abertura de bolsas e mochilas, não se mostra correta. Ambas são revistas íntimas e invadem a privacidade dos empregados, todavia, no primeiro caso, a gravidade do ilícito é maior.

Ora, a própria Polícia Militar, que possui poder de polícia, tem tido cautela ao determinar que suspeitos de crimes abram bolsas e mochilas, pois possui noção da invasão de privacidade que o ato provoca. E aqui estamos diante de situação de segurança da própria sociedade.

No caso da empresa, não há segurança coletiva envolvida e o empregador não possui poder de polícia.

Mais, as empresas possuem outros meios para cuidarem da segurança de seus produtos, tais como câmeras, alarmes em produtos, segurança visual etc.

Não se mostra lícito, portanto, que empregados e empregadas, ao final do expediente, tenham que se sujeitar a abrir bolsas e mochilas para provarem que não cometeram crime.

Aqui, nota-se uma grande perversidade do ofensor, pois ao adotar tal conduta, demonstra não confiar nos seus empregados, o que viola a presunção de boa-fé, além de uma

inversão de dispositivo constitucional, que é o da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

Ainda, existe previsão no código de processo penal acerca da revista pessoal, que engloba a revista de pertences, ambas íntimas, de maneira que, para se realizar tal revista, deve-se atender aos pressupostos legais e isso não pode ser feito por particular ao seu alvedrio.

E um dos pressupostos é a fundada suspeita da pessoa a ser revista (art. 244 do CPP).

Ao revistar todos os empregados sem nenhuma acusação formal ou fundada suspeita, o empregador demonstra presumir (i) que tais trabalhadores o furtaram e (ii) que possui poder de polícia.

Ainda mais, não se deve aplicar a teoria da proporcionalidade ou equivalente para autorizar a revista, pois a proteção de patrimônio pessoal não está no mesmo patamar da proteção à privacidade, intimidade e da dignidade humana.

Aliás, tais teorias (neopositivistas, como a aplicação de uma suposta proporcionalidade) vem sendo usadas em total afronta à Constituição Federal, a fim de autorizar a violação constitucional, como se a proporcionalidade permitisse tudo, ao gosto de seu aplicador<sup>3</sup>.

Enfim, a ilicitude é patente.

Entretanto, em razão de um histórico escravocrata e de um pensamento ainda enraizado em matizes escravistas, a acreditar que empregar é um ato de bondade e misericórdia, costuma-se (i) achar que pessoas devem se sujeitar pessoalmente a outras em razão de um contrato de emprego; (ii) realizar uma indevida limitação do que seja privacidade e intimidade dentro dos contratos de emprego; (iii) aceitar a ilícita criação de poder de polícia dentro de um contrato de emprego, em prol da parte forte da relação (empregador); (iv) aceitar que trabalhadores tenham de provar não terem praticado furto, sem formal acusação, numa clara inversão da previsão constitucional de presunção de inocência etc.

Vejamos trecho da obra da historiadora Francisca Nogueira de Azevedo, professora da UFRJ, que trata da primeira greve geral no Rio de Janeiro, em 1903, e da situação nas fábricas no período<sup>4</sup>, a ilustrar o ponto e demonstrar a manutenção do pensamento escravocrata:

“o modelo escravista, que se reproduziu em diversas atividades produtivas, estava presente também dentro das fábricas. Homens, mulheres e crianças, operários fabris ficavam sujeitos a uma ordem draconiana que trazia à lembrança o cativo. **Os militantes operários costumavam**

**comparar as fábricas a presídios, com guardas fardados e armados que submetiam operários a revistas vexatórias.”** (grifo nosso)

Todavia, tal situação não pode prosperar, sob pena de contínua inversão de previsões constitucionais, o que pode levar o país a um grave regime de exceção; afinal, até onde podem chegar as inversões e violações constitucionais?

E não pode haver dúvidas de que, a cada inversão de previsões constitucionais, por menores que sejam (e no caso não é pequena), mais se chega perto de um regime de exceção, onde as garantias constitucionais não passam de figura escrita sem aplicação alguma.

Enquanto as violações constitucionais são praticadas contra os empregados ocupantes de cargos desvalorizados pela sociedade (por meio de revistas íntimas, por exemplo), excluídos sociais (por meio de prisões nas quais são tratados pior do que animais) e moradores das periferias (onde há ausência do Estado e a Polícia impera), são aceitas e legitimadas por teorias que se pretendem belas e eruditas. Entretanto, num certo momento, tais violações atingirão a todos, sem exceção, pois sua prática é crescente e rotineira.

Se a coibição dessas violações não é aceita por si (por serem graves violações da Constituição Federal), ao menos que sejam coibidas em razão de um dia poderem atingir a todos, sem exceção.

Alguns Tribunais já perceberam isso e vem atuando como efetivos garantidores da ordem constitucional.

Como exemplo temos o incidente de uniformização jurisprudencial do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

“REVISTA PESSOAL. PERTENCES DO EMPREGADO.

I - **É ilícito ao empregador realizar revista pessoal em pertences do empregado.**

II - **A prática da revista em pertences do empregado, sejam bolsas, sacolas, carteiras, mochilas ou qualquer outro acessório que ele porte, configura violação ao direito fundamental de proteção à intimidade e à dignidade humana** (Art. 1º, III, e incisos II e X do art. 5º da CF/88), acarretando dano de natureza moral.” (grifos nossos)

Em razão da solidez do acórdão que gerou tal súmula de uniformização (Incidente de Uniformização Jurisprudencial n. 0000343-11.2015.5.05.0000IUJ), copiaremos parte de seu teor que, com as devidas vênias, servem também como razão de decidir:

“Não se pode enfrentar o tema objeto do presente IUJ, sem volver os olhos àquilo que fundamenta e justifica toda a ação que se busca regular e que possibilitaria a adoção de uma fiscalização por parte do empregador. Sem qualquer dúvida estaríamos no campo da segurança, seja ela pública ou privada.

A abordagem das pessoas ou daquilo que elas estejam portando ao entrarem ou saírem do ambiente de trabalho, parte de um só pressuposto: aquela pessoa pode estar co-

metendo um delito, seja ingressando na empresa, seja dela se retirando. Ninguém fiscaliza o conteúdo de uma bolsa, de uma sacola, de um pacote, sem que esteja implícito nisso a possibilidade do trabalhador ter se apropriado de algo da empresa, da suspeita de ocultação de objeto.

Por mais que admitamos que o controle das condutas e comportamentos sociais exigem atuação preventiva e repressiva, buscando a preservação da segurança num mundo caótico, onde os indivíduos necessitam viver em harmonia, o crime em potencial, a ele atribuído por suposição de que, naquele momento, é capaz de estar delinquindo, é o que dá substrato à invasão da sua privacidade numa revista, invertendo a presunção constitucional de que todos são inocentes, até prova em contrário.

Não é necessária sequer a abordagem física. A violência psicológica contra o empregado, que se repete e se concretiza, diuturnamente, decorrente desse arbítrio, praticado por quem se julga autorizado a tanto, vai além do assédio, desbordando numa imputação criminosa de conduta.

A CF no seu artigo 144 estabelece que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Atuando de forma preventiva ou repressiva, tais órgãos buscam preservar a ordem pública e não é por outro motivo que à látere das ações fiscalizatórias administrativas, fundamentadas no poder de polícia, a matéria jurisprudencial que se está propondo unificar é objeto de legislação específica, como se depreende da previsão contida no Código de Processo Penal.

Sabe-se que, juridicamente, busca pessoal e revista pessoal se equivalem.

O LIVRO I (PROCESSO EM GERAL), TÍTULO VII (DA PROVA), CAPÍTULO XI (DA BUSCA E APREENSÃO), do Código de Processo Penal disciplina (com destaques):

CAPÍTULO XI DA BUSCA E DA APREENSÃO

Art. 240. A busca será domiciliar **ou pessoal**.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- prender criminosos;
- apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º **Proceder-se-á à busca pessoal** quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 243. O mandado de busca deverá:

- indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
- mencionar o motivo e os fins da diligência;
- ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Art. 244. **A busca pessoal independerá de mandado**, no caso de prisão ou **quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar**.

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

3. Nesse sentido a sólida pesquisa em nível de Mestrado de Claudia Urano Machado de Carvalho (**A construção histórica do direito do trabalho como resistência à aplicação do pós-positivismo**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-08042016-163831/>>. Acesso em: 2017-04-13).

4. AZEVEDO. Francisca Nogueira de. Malandros desconsolados: diário da primeira greve geral no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Prefeitura, 2005, p. 21.

§ 7o Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4o.

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Art. 247. Não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer.

Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Art. 250. A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta.

§ 1o Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

- a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percarn de vista;
- b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu enalço.

§ 2o Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligências, entrarem pelos seus distritos, ou da legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustre a diligência.

A disciplina prevista no CPP, tem por objetivo a obtenção de provas de um delito, podendo ser realizada preliminarmente quando a finalidade é a apreensão de um produto visando sua devolução à vítima, assim como pode ser realizada como meio de prova, a posteriori, com a devida autorização judicial.

Diferentemente da busca domiciliar, que não prescinde de ordem judicial regular e que tem um rol de hipóteses amplo, a busca pessoal tem suas hipóteses mais restritas, sendo cabível, tão somente, quando houver fundada suspeita de ocultação, pelo sujeito objeto da busca, de ocultação de arma proibida ou de objetos mencionados nas alíneas “b” a “f” e “h”, do §1º, do art. 240 (CPP).

A dispensa do mandado judicial ocorre no caso de prisão ou APENAS “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida

for determinada no curso de busca domiciliar” (art. 244, CPP).

Deve-se ter FUNDADAS SUSPEITAS do porte de arma proibida, ou “objetos ou papéis que constituam o corpo de delito” a justificar a busca pessoal. ESTÁ NA LEI.

Podem ser objeto da busca pessoal:

- a) as coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (artigos 91. II, “a” e 169, parágrafo único, inciso II do CP, bem como art. 1.233 do CC);
- b) instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- c) armas e munições ou outros instrumentos utilizados na prática de delitos, assim como aqueles destinados ao fim delituoso;
- d) objetos destinados à prova da infração ou à defesa;
- e) cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando há legítima suspeita que o conteúdo pode ser útil à elucidação de fatos investigados, (sem entrar no mérito, aqui, sobre o preceito constitucional da inviolabilidade da correspondência);
- f) qualquer elemento de convicção (destinado à formação da convicção do julgador, com a devida fundamentação).

Ou seja, a busca é feita objetivando localizar armas ilegais e/ou objetos obtidos por meios ilegais (furto, roubo, receptação ou outra modalidade de ilícito penal), autorizando-se, em tais casos, a procura do objeto mediante a “busca pessoal”. Possibilita-se, aí, a obtenção da prova, assim como, também, a restituição do objeto ao seu legítimo dono.

De forma mais específica, o Código de Processo Penal Militar trata da REVISTA PESSOAL nos artigos 181 E 182, fixando que:

Revista pessoal

Art. 181. Proceder-se-á à revista, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo:

- a) instrumento ou produto do crime;
- b) elementos de prova.

Revista independentemente de mandado

Art. 182. A revista independe de mandado:

- a) quando feita no ato da captura de pessoa que deve ser presa;
- b) quando determinada no curso da busca domiciliar;
- c) quando ocorrer o caso previsto na alínea a do artigo anterior;
- d) quando houver fundada suspeita de que o revistando traz consigo objetos ou papéis que constituam corpo de delito;
- e) quando feita na presença da autoridade judiciária ou do presidente do inquérito.

Busca em mulher

Art. 183. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Busca no curso do processo ou do inquérito

Art. 184. A busca domiciliar ou pessoal por mandado será, no curso do processo, executada por oficial de justiça; e, no curso do inquérito, por oficial, designado pelo encarregado do inquérito, atendida a hierarquia do posto ou graduação de quem a sofrer, se militar.

Requisição a autoridade civil

Parágrafo único. A autoridade militar poderá requisitar da autoridade policial civil a realização da busca.

No direito estrangeiro, em especial no Código de Processo Penal Português (Decreto 78/1987), há também a previsão da revista que deve ser reservada “ou não livremente acessível ao público” (artigos 174/176), SEMPRE COM DETERMINAÇÃO DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA (art. 174, 3), com exceções especiais, a exemplo do terrorismo e do flagrante (itens 4 e 5 do mesmo art. 174), havendo autorização, ainda, para a revista cautelar (art. 251, para os casos de suspeitos em caso de fuga ou de pessoas que pretendam “assistir acto processual”, quando houver razões para se crer que ocultam armas. O código Italiano (artigos 247 a 249 e 352) segue a mesma linha do Código Português.

A FUNDADA SUSPEITA é circunstância indispensável ao procedimento da revista, portanto, seja no direito pátrio, seja no direito português ou italiano.

Outro não poderia ser o entendimento do STF:

Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma-Título HC 81305 / GO - GOIÁS - Data 13/11/2001 - Ementa EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar -se o arquivamento do Termo. (URN urn:lex:br:supremo.tribunal.federal; turma.1:acordao; hc:2001-11-13;81305-1968004).

E também do STJ:

Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma - Título HC 257002 / SP- Data 17/12/2013

Ementa HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO

CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DAS PROVAS EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO DA BUSCA PESSOAL. COLISÃO DE DIREITOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS E ILIMITADOS. 3. DOSIMETRIA. PENA-BASE DISTANCIADA DO MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM SEU GRAU MÍNIMO. MAJORAÇÕES FUNDAMENTADAS EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. Inexistem direitos absolutos e ilimitados e, para que aparentes contradições entre princípios de igual matiz sejam solvidas - aplicando-se a norma constitucional de forma segura e coerente -, utiliza-se o princípio também constitucional da proporcionalidade. 3. No caso, o réu foi conduzido a hospital para ser submetido a exame radioscópico, momento em que foi constatada a existência de cápsulas de drogas em seu estômago e intestinos. Referido exame não consiste em auto-incriminação pelo réu, nada mais sendo do que uma extensão da busca pessoal, como já ocorre com detectores de metais. 4. Em razão do alto grau de afetação de direitos e por ser vexatória e invasiva, a medida de busca pessoal é excepcional, devendo a autoridade policial agir com extrema cautela, evitando-se atos abusivos, somente levando-a a cabo quando houver fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de arma proibida, com objetos que constituam corpo de delito, com instrumento de crimes, entre outros. Não se pode dizer que os réus foram aleatoriamente escolhidos para a revista, sendo o procedimento adequado. 5. Inexiste qualquer registro de que o réu tenha sido compulsoriamente submetido ao exame médico, ou tenha obstaculizado a realização dos procedimentos para identificação e retirada das drogas. Mesmo porque tais medidas tinham o desiderato de preservar a própria integridade física do acusado, pois as cápsulas de cocaína poderiam se romper no interior do seu corpo, causando risco de morte. Fazendo-se um juízo comparativo entre os interesses envolvidos, não se mostrou desarrazoada a busca pessoal realizada, inexistindo

nulidade. 6. Pena-base fixada um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do réu - 1.056,75g de cocaína, distribuídos em 80 cápsulas -, entorpecente altamente alucinógeno e viciante, em volume apto a atingir numerosos usuários, o que possibilita a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado. 7. Para a não aplicação da causa especial de redução em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, evidenciada pelo modus operandi da ação delituosa, haja vista ter o réu sido apreendido com vultuosa quantidade de droga altamente nociva. Essa conjuntura indica conduta cujo grau de censura não autoriza a aplicação do benefício excepcional do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no máximo, afastando-se, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste writ. 8. Habeas corpus não conhecido. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. UR Nurn:lex:br:superior.tribunal.justica:turma.5:acordao; hc:2013-12-17;257002-1323917

No que diz respeito à definição do SUJEITO ATIVO autorizado à realização da revista (e no caso da revista em ambiente de trabalho o sujeito passivo será sempre o empregado ou o prestador de algum serviço), SERÁ SEMPRE A AUTORIDADE JUDICIAL ou POLICIAL, nos expressos termos do art. 144 da CF/88.

A previsão para que qualquer um do povo proceda à revista pessoal está, TÃO SOMENTE, na hipótese de FLAGRANTE DELITO (art. 301 do CPP - Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito), o que autoriza, por óbvio, a qualquer preposto do empregador ou do tomador dos serviços realizar a revista pessoal, sempre em caráter excepcional e com a devida comprovação do flagrante, **jamais como rotina do negócio**.

O particular não pode, em hipótese alguma, arvorar-se no papel do sujeito ativo estatal com a realização da revista pessoal de seus empregados ou colaboradores como uma mera 'rotina' do seu empreendimento.

O bem jurídico que se quer tutelar é a proteção ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF/88) de bens móveis. A utilização da medida (revista pessoal) afronta de forma direta outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente, como o direito à intimidade, resguardado no art. 5º, inciso X, da CF/88 ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação") e a dignidade da pessoa (art. 1º, inciso III).

Necessário se faz, portanto, a ponderação, a fim de que se avalie a possibilidade de adoção de um procedimento previsto e reservado legalmente apenas para exercício pelo poder estatal, em situações e condições específicas,

de modo que o particular possa dele se utilizar, em situações e condições não amparadas na citada legislação (art. 244 do CPP).

Há choque entre princípios constitucionais fundamentais, dentre eles o da proteção à propriedade particular (art. 5º, XXII), e os princípios da inviolabilidade da intimidade e o da dignidade humana (artigos 5º, X e 1º), cabendo dirimir o conflito através da utilização da ponderação, fazendo um prevalecer em detrimento do outro.

Não há qualquer dúvida que o choque entre princípios constitucionais, quando existente, deve ser resolvido através da técnica da ponderação.

Ponderar significa balancear, encontrar o caminho exato para resolver a tensão nascida de fatos que se antepõem com a mesma intensidade ou com a mesma dimensão. Choques que reclamam sopesar valores e escolher a melhor solução para o caso concreto, sem desmerecer, violar, nem relegar a razão que em detrimento da outra é posta de lado.

Como técnica, a necessidade de ponderar os caminhos a serem seguidos exige equilíbrio voltado às circunstâncias do caso em análise e a conclusão a que se chegue, embora aparentemente possa parecer uma negação do princípio cuja aplicação se está afastando, na realidade não o altera, pois ligado exclusivamente à situação fática daquele caso específico.

A Carta Constitucional não escapa a tais embates. Com frequência os princípios nela inseridos se confrontam e reclamam solução balanceada. Neste momento é como se a ferida ficasse exposta. Não se entende como um princípio pode ser relevado em detrimento de outro. Se têm a mesma força e dimensão, como resolver em caso de colisão? O método da ponderação, evitando o confronto extremo do tudo ou nada, cria a norma de decisão para as circunstâncias do caso.

Tais lutas principiológicas refletem sempre, como ressalta Canotilho, **'uma fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos'**.

Este é sempre o trabalho maior do STF, como guardião da CF/1988: para extrair desta falta de unidade de valores a solução mais justa, que melhor atenda aos interesses postos em jogo. Assim, princípios fundamentais consagrados na Constituição por vezes se digladiam, dependendo a solução da análise de cada caso concreto, onde um princípio terá mais proeminência que o outro através da técnica da ponderação.

Exprimindo todo o raciocínio desenvolvido para se chegar a uma determinada alegação ou decisão, com todas as suas conveniências ou inconveniências, a ponderação tanto na linguagem jurídica, quanto na usual, nos conduz sempre ao ponto do equilíbrio reflexivo, permitindo-nos decidir pela solução mais justa para o caso.

A Constituição Federal fixa a propriedade como direito fundamental e a protege em diversos artigos, mas não como direito absoluto, sendo indispensável a sua confor-

midade com a função social, além de que não se permite a sua proteção com o exercício arbitrário de suas próprias razões, mesmo que seja objetivando a proteção (da propriedade).

E não são poucas as manifestações do STF sobre o direito de propriedade, fixando:

'O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República - arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184.' (MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.).

Doutrinariamente, ensina José Afonso da Silva:

'O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda sua função social. A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, §4º, e 184). Existem outras normas constitucionais que interferem com a propriedade mediante provisões especiais (arts. 5º, XXIV a XXX, 170, II e III, 176, 177 e 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222). Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado' (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001 (p.273).

Em outra via, a proteção constitucional à intimidade está intrinsecamente ligada à dignidade humana, em seu conceito mais subjetivo da esfera do indivíduo. Quis o legislador que a dignidade, além de princípio norteador, fosse alçada à condição de um dos **fundamentos** da constituição cidadã, como preceitua o art. 1º, da CF/88:

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a **dignidade da pessoa humana**;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Não vejo como elevar a proteção à propriedade privada em patamar superior à proteção da intimidade e da dignidade humana, salvo nas estritas hipóteses previstas legalmente, a exemplo do flagrante delito, bem como da atuação estatal mediante seus agentes, conforme fixa o art. 244 do CPP, que regulamente a busca pessoal.

O risco do empreendimento é unicamente patronal e é plausível a adoção de medidas hábeis a preservar o patrimônio da empresa, mas a revista pessoal não é uma delas. Ao

contrário, trata-se de um expediente extremamente invasivo, expondo o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, de modo totalmente incompatível com as disposições dos artigos 1º, III e 5º, X, da Constituição Federal.

O quadro que resulta sempre é aquele em que um trabalhador foi vilipendiado em sua intimidade, com uma suspeita ou imputação de conduta criminosa. Reafirmo, não há dignidade alguma em submeter uma pessoa a uma prática tão invasiva." (ID. c12a926, grifos e caixas altas no original)

### (iii) medidas de proteção ao patrimônio das demandadas.

As demandadas constituem um grande grupo de venda de calçados, com lojas em ruas e **shopping centers**, que utiliza o nome comercial **Kallan**.

Nestas lojas, costuma-se ver que as demandadas possuem meios de segurança de seu patrimônio, tais como câmeras e totens de alarme.

Além disso, conforme confessado pela preposta das demandadas, estas possuem armários com chaves para uso individual de seus empregados e estes, assim que chegam ao labor, guardam seus pertences nestes armários.

Ora, se os trabalhadores guardam seus pertences pessoais em armários e apenas os retiram ao término da jornada, não tem o menor sentido a revista íntima, exceto se a intenção for a de simplesmente constranger pessoas e demonstrar uma suposta supremacia dentro do contrato de emprego.

### (iv) necessidade de dissimular o conteúdo da intimidade e da privacidade.

Como forma de encobrir o ilícito consistente na revista de empregados, tratou-se de difundir a ideia de que a revista de pertences pessoais – bolsas, mochilas, carteiras etc – não é uma revista íntima.

Entretanto, trata-se de evidente dissimulação do conteúdo da intimidade e da privacidade, componentes da dignidade humana, retirando deles sua efetiva essência. Isto porque utiliza-se nomenclaturas amenas para tratar da revista íntima com a finalidade de mascarar seu real conteúdo, como se, com nomes não ofensivos, a revista deixasse de ser íntima.

Ora, não é só a revista que exige a retirada de roupas que é íntima - aliás, em pleno ano de 2017 sequer deveríamos ouvir falar de revistas em empresas que exigem a retirada de roupas! -, mas toda a revista realizada em pertences, tais como bolsas, mochilas e carteiras.

Mais, a revista que exige a retirada de roupas deveria ser tratada na esfera criminal e ocasionar a perda da propriedade, posto que esta, para manter seu conteúdo, deve atender uma função social (art. 170, CF).

Ainda, o uso de eufemismos como "fiscalização" ou "revista de pertences" para tratar a revista íntima tem apenas a intenção de mascarar a realidade e permitir a plena ofensa ao direito à intimidade e à privacidade.

Enfim, tenta-se dissimular a realidade e utilizar eufemismos para praticar atos ilícitos, tais como a revista íntima de empregados.

**(v) histórico das reclamadas.**

Além de todo o exposto, cabe ressaltar que as demandadas possuem histórico de diversas condenações por descumprimento de leis trabalhistas. Basta realizar uma busca no site deste Egrégio Tribunal para realizar essa constatação.

Como exemplo cito o processo 0000236-10.2011.5.02.0252, oriundo da 2ª Vara do Trabalho de Cubatão, onde foram condenadas em razão de pagarem salários “por fora”, não pagarem horas extras, não registrarem a totalidade do pacto em CTPS, não pagarem parcelas do período sem registro, não pagarem adicional noturno, não pagarem vale-transporte, não pagarem vale-refeição e realizarem revistas íntimas.

Ainda, a preposta das demandadas confessou o seguinte:

“que a empresa já foi condenada a pagar diferenças de horas extras, mas não por não pagar horas extras; que não sabe se a empresa já foi condenada por não registrar trabalhador; que acredita que a empresa pode ter sido condenada por pagar comissões por fora, mas não tem certeza” (ID. 537b5e4)

Neste contexto, pergunta-se: quem deve fiscalizar quem? O empregador condenado inúmeras vezes por não pagar horas extras e pagar comissões “por fora”, contumaz descumpridor da Lei, ou seus empregados, nunca pegos furtando algum produto das demandadas?

Antes da resposta, necessário deixarmos de lado nossa visão ainda arraigada de um passado escravocrata e a pobre concepção de que o emprego é uma concessão benevolente do empregador.

Não, cada emprego tem por objetivo a extração de mais-valor (ou mais-valia) decorrente da exploração do trabalho humano. De cada pessoa empregada o objetivo é a extração de valor superior ao salário e encargos: o empregador paga X de salário e encargos e extrai do labor dessa pessoa X + 50%, por exemplo. Se essa conta não fechar, ou seja, se não houver o “+ 50%”, o empregado é dispensado.

Isto é, emprego não é benevolência, dádiva, exercício de espírito cristão ou coisa que o valha. Empregos têm por finalidade a manutenção de um sistema de produção fundado na exploração do trabalho humano para extração de mais-valor (trabalho não pago), gerando acúmulo de capital ao explorador.

Agora podemos responder, de maneira clara, a pergunta acima: na verdade, são os empregados das demandadas que deveriam fiscalizar seu empregador e não o contrário.

**(vi) conduta discriminatória.**

As demandadas alegam que sua conduta não é discriminatória. Entretanto, a afirmação não é veraz.

Isto porque, conforme confissão de sua preposta, os clientes das demandadas não são revistados ao saírem das lojas.

Trata-se de evidente ato discriminatório, pois diferença empregados – pessoas presumivelmente criminosas – de clientes – pessoas presumivelmente inocentes.

Para os clientes suspeitos de algum furto, por certo que as demandadas adotaram conduta comedida, chamarão a polícia etc, mas para seus empregados adotam conduta ofensiva

da dignidade, presumindo culpa, inclusive sem que haja fundada suspeita ou produto furtado, ou seja, sem possibilidade de crime.

Portanto, analisando a materialidade do que é uma conduta discriminatória, sem permitir dissimulações e eufemismos, constata-se sua prática pelas demandadas, porque presumem culpa de seus empregados mas não de seus clientes.

**(vii) conclusão.**

Em conclusão, friso que a prática de revistas de bolsas, mochilas, carteiras e demais objetos pessoais constitui revista íntima a ofender o conteúdo constitucional protetivo da privacidade e intimidade, componentes da dignidade humana, cuja proteção é fundamento da República (art. 1º da CF).

Dessa forma, a prática é ilícita e deve ser vedada.

Assim, **julgo procedente o pedido para determinar que as demandadas cumpram integralmente as obrigações de fazer e não fazer contidas no item 5.1 da petição inicial (subitens “a”<sup>5</sup> e “b”<sup>6</sup>), imediatamente, a contar da ciência da presente**, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por item não cumprido e por empregado atingido, até o limite de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), de acordo com o art. 497 do novo CPC e arts. 765 e 652, d, da CLT, a ser revertida ao FAT ou a entidades filantrópicas idôneas que atuam na baixada santista, mediante indicação do MPT.

O juízo poderá rever o valor limite da multa caso as demandadas não demonstre intenção de atender a presente ordem.

Fica mantida, portanto, a tutela de urgência concedida (ID. 5b0b895).

O descumprimento da presente decisão por parte das demandadas será considerado ato atentatório ao exercício da jurisdição e a sujeitará ao pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), revertida como custas e recolhida em favor da União, de acordo com o art. 77 do novo CPC e art. 652, d, da CLT.

A presente decisão engloba todas as lojas do Grupo Kallan, ainda que utilizem razão social distinta das demandadas, e possui efeitos perante todos os municípios abrangidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos termos do item II da OJ 130 da SBDI-2 do Eg. TST<sup>7</sup>.

5. Abster-se de “realizar revistas íntimas, assim entendidas aquelas que importem qualquer tipo de contato físico e/ou exposição de partes do corpo ou objetos pessoais, tais como as revistas visuais nas bolsas, mochilas e demais pertencer de seus empregados”.

6. Abster-se de “adotar, na defesa de seu patrimônio ou por qualquer outra razão, vigilância em áreas íntimas ou vigilância de caráter típica e claramente individual, que configurem prática vexatória e/ou atentatória da dignidade e da intimidade de seus empregados”.

7. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93.

I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.

II – Em caso de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há

**c) Reparação por danos morais coletivos.**

Em razão das ilicitudes cometidas pelas demandadas e do dano à sociedade, pleiteia o MPT a condenação de cada uma ao pagamento de pelo menos R\$ 300.000,00 por danos morais coletivos.

As demandadas asseveraram, em síntese, que os atos praticados não infringiram a moral coletiva, não repercutiram na coletividade, não causando qualquer dano à esta. Aduzem também que o valor pleiteado pelo MPT não condiz com a realidade.

Analiso.

O dano de índole moral decorre da ação ou omissão que ofenda os direitos da personalidade humana, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, valores esses protegidos no contexto social (art. 5, V e X da Constituição Federal e art. 11 do Código Civil). O dano moral coletivo decorre da ofensa a direitos *metaindividuais* concernentes à personalidade humana.

Vejamos os ilícitos praticados pela demandada.

**(i) revistas íntimas.**

No caso, as demandadas, ao realizarem revista íntima nos seus empregados, ofenderam a honra destes, posto que demonstraram descaso com a proteção constitucional da intimidade e da privacidade, violando a dignidade dessas pessoas.

E isto se agrava quando se constata que as demandadas não têm fundada suspeita sobre seus empregados para realizar as revistas íntimas, a demonstrar o patente descaso com a honra alheia.

Deve-se salientar que o fim primeiro e último de um Estado Social Democrático de Direito é a dignidade humana e, para isso, a Constituição Federal conferiu especial proteção aos trabalhadores, garantindo-lhes, também nessa condição, a proteção da intimidade e da privacidade.

Todavia, as demandadas fizeram pouco-caso da ordem constitucional, a demonstrar menoscabo com a condição humana e com dignidade de seus empregados.

Todavia, como sói ocorrer, antes do respeito à dignidade das pessoas, tem-se preferido as **regras econômicas**, que determinam a proteção do patrimônio a qualquer custo e por qualquer meio.

Igual comportamento se constata ao perceber que as demandadas, mesmo já tendo sido condenadas pela prática ilícita, continua a realizá-la (vide o processo mencionado acima).

Nesse contexto, constata-se que as demandadas colocam as regras econômicas bem à frente da dignidade de seus empregados e da boa-fé que deve nortear toda relação social, notadamente a relação de emprego.

Ao fazer essa opção – preferência pelas **regras econômicas** em vez da preservação da dignidade humana -, deve-se estar apta a arcar com as consequências disso. Até porque o Direito do Trabalho não funciona em razão da economia, mas

competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV - Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.” (grifo nosso)

tem por escopo também regulá-la, de sorte a preservar uma sociedade capitalista saudável.

Em suma, o Direito do Trabalho regula a sociedade capitalista a fim de preservá-la e o seu desrespeito põe em risco essa mesma sociedade.

No momento em que a empresa **opta** por preservar seu patrimônio em detrimento da dignidade de seus empregados, ofende de maneira grave a honra dessas pessoas, posto que as coloca em plano bem inferior ao lucro, ofendendo a razão de existência de um Estado Social Democrático de Direito, que é a promoção da dignidade humana.

Ao adotar tal prática, obviamente que toda a coletividade é lesada, além dos trabalhadores diretamente ofendidos. Em razão disso, deve-se reparar os danos causados a essa coletividade, com a finalidade de que tais práticas não se repitam, de maneira que o ofensor repare os danos causados e de que a sociedade perceba que o Estado, através do Poder Judiciário e do Ministério Público do Trabalho, está atento e não permitirá ofensas de tal jaez.

**(ii) descumprimento da função social da empresa**

Ao atuar com base no cometimento deliberado e contumaz do ato ilícito – realização de revistas íntimas – configurado o descumprimento da função social da empresa.

Para que possam atuar num Estado Social e Democrático de Direito, as empresas devem cumprir sua função social, conforme previsto no art. 170 da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Além disso, os contratos firmados pelas empresas com seus empregados deve ter por base a boa-fé dos contratantes, além de também cumprir uma função social, nos termos dos arts. 421<sup>9</sup> e 422<sup>10</sup> do Código Civil.

Ao contratar empregado e deliberadamente ofender-lhe a intimidade e a privacidade, a empresa descumpre de maneira patente sua função social e a função social do contrato que firmou.

Mais, ao assim agir a empresa demonstra que não atuou com base na boa-fé objetiva, a sinalizar que para si o trabalhador é apenas um insumo, notadamente numa atividade que realiza apenas a intermediação de produtos – compra calçados e os revende ao consumidor final.

Enfim, patente que as demandadas não vêm cumprindo sua básica função social e que os contratos de trabalho que firmam não vêm sendo balizados pela boa-fé objetiva, sendo infringido, pois, o art. 170 da Constituição Federal e os arts. 420 e 421 do Código Civil.

8. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; (...)” (grifos nossos)

9. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (grifo nosso)

10. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (grifo nosso)

**(iii) medida de desestímulo**

Deve-se salientar que o descumprimento deliberado da Constituição Federal, com o fim de proteger o patrimônio de maneira ilícita, prejudica a sociedade como um todo, pois coloca os bens acima da dignidade das pessoas. E, nessa toada, aquele que não cumpre a Constituição Federal deve sofrer efetiva punição pelo ato ilícito, pois, se esta não existir, basta que ninguém a cumpra, afinal, no futuro, se for descoberto – apenas se for descoberto –, o máximo que vai acontecer é ter de cumprir a Constituição, inexistindo qualquer benefício ao se cumpri-la espontaneamente.

O empresário que atua na legalidade, respeitando a dignidade de seus empregados, não verá benefício algum ao assim agir, pois seu concorrente, que não respeita a Constituição Federal, na eventualidade de ser descoberto, não sofre nenhuma punição, mas apenas cumpre-a extemporaneamente. Em assim sendo, deve a parte que deliberadamente descumpra a Lei arcar com punição pedagógica.

Considerando que as demandadas vêm deliberadamente praticando atos ilícitos consistentes no desrespeito à Constituição, devem ser punidas como forma de reparar os danos causados à sociedade e como maneira de desestímulo na constante prática.

**(iv) balizamento da reparação**

Para o balizamento do montante indenizatório, deve-se averiguar a capacidade econômica dos ofensores. No caso, as demandadas configuram empresa de grande porte no segmento em que atuam (venda de calçados), possuem 35 lojas no Estado de São Paulo<sup>11</sup>, muitas delas em shopping centers.

Deve-se ter em mente também o grau de culpa dos ofensores que, no caso, é grave. Além de levar em consideração o período em que vêm cometendo irregularidades, que é de ao menos dez anos (a ação acima mencionada, em face das demandadas, tratam de fatos relativos a mais de cinco anos anteriores a 2012).

Ainda, cabe observar que a conduta das demandadas é discriminatória, porquanto trata seus empregados de maneira distinta dos clientes, violando a presunção de inocência daqueles e respeitando a destes.

Por fim, deve-se considerar o fato de que as demandadas forma condenadas diversas vezes por descumprir leis trabalhistas e previdenciárias ao não registrarem a totalidade do pacto, não pagarem horas extras, não pagarem adicional, pagarem comissões “por fora” etc. Isto é, as demandadas são descumpridoras de elementares obrigações trabalhistas, mas imputam a prática de culpados aos seus empregados, os quais têm de se sujeitar a revista íntima diariamente, sem fundada suspeita e sem objeto furtado.

Nesse contexto, parece-nos que o valor pleiteado pelo Ministério Público do Trabalho, de pelo menos R\$ 300.000,00 para cada demandada, está adequado ao porte das empresas, ao longo período durante o qual vêm infringindo a Lei, à sua negativa em tentar solucionar “pacificamente” seus pro-

11. <http://www.kallan.com.br/quemsomos.html> acessado em 14.04.2017, às 11h45.

blemas – pois sequer firmou TAC com o objetivo de cumprir a Lei – e serve como medida de desestímulo.

Portanto, **julgo procedente o pedido de reparação por danos morais coletivos no total de R\$ 600.000,00 (seiscientos mil reais)**, atualizada até a presente data, revertida à Santa Casa de Santos (50%) e ao Hospital Estadual Guilherme Álvaro, em Santos (50%), desde que firmem TAC comprometendo-se a não contratar trabalhadores por intermédio de cooperativa, com base nos arts. 186, 421, 927 e 944 do Código Civil e no princípio da boa-fé contratual (aplicado em toda relação contratual, especialmente nos contratos de trabalho e consumo).

**d) Efeitos da presente decisão.**

A presente decisão possui efeitos apenas perante os municípios abrangidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos termos do item II da OJ 130 da SDI-2 do Eg. TST<sup>12</sup>.

Como medida destinada a conferir efetividade à atuação do Ministério Público do Trabalho e às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, as demandadas deverão apor cópia da decisão definitiva da presente ação em quadro de avisos acessível aos seus empregados em cada uma de suas unidades existentes nos municípios abrangidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região pelo período de cinco anos a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia em que a decisão não estiver afixada, por unidade, de acordo com o art. 461, § 4º e § 5º, do CPC, arts. 765 e 652, d, da CLT, revertida em prol de instituição idônea indicada pelo Ministério Público do Trabalho ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

A presente sentença, no que tange às obrigações de fazer e não fazer, possui efeitos imediatos, pelo que deve ser cumprida imediatamente, a teor do art. 14 da Lei 7.347/85<sup>13</sup>.

Em razão disso, na hipótese de interposição de recurso ordinário pelas partes, fica desde já autorizada a expedição de carta de sentença para viabilizar o cumprimento das medidas acima descritas, bem como realizar a execução provisória das demandadas.

**e) Demais Considerações.**

Isento de custas o Ministério Público do Trabalho, de acordo com o artigo 790-A, II da CLT.

12. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTIGO 93.

I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano.

II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinge cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos.

III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a ação civil pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.” (grifo nosso)

13. Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Juros de 1% ao mês, **pro rata die**, a teor do artigo 39 da Lei 8.177/1991 e correção monetária pelo INPC/IBGE, a incidir a partir do mês seguinte ao da prestação dos serviços, de acordo com o artigo 459 da CLT e Súmulas 200 e 381 do Eg. TST.

O valor da reparação por danos morais deverá ser atualizado a partir do proferimento da presente, aplicados os juros desde o ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 439 do Eg. TST<sup>14</sup>.

Em atenção ao disposto no artigo 832, § 3º, da CLT, apon-to o caráter indenizatório da totalidade das parcelas julgadas procedentes.

O prazo e a condição para cumprimento da decisão serão estabelecidos oportunamente, em fase de execução de sentença, pelo que não se há falar, por ora, em aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC.

Ficam afastadas todas as alegações que sinalizam em sentido contrário ao aqui esposado, seguindo a mesma sorte a aplicação de diretrizes legais e/ou jurisprudenciais que da mesma forma não se coadunem com o presente comando decisório.

Ficam advertidas as partes, desde logo, que os embargos declaratórios com intuito meramente procrastinatório sofrerão uma rejeição pedagógica, com aplicação das penalidades legais, a fim de se garantir respeito aos princípios da duração razoável do processo e da boa fé processual.

Advirto, também, que os embargos de declaração que não aleguem efetiva omissão, obscuridade ou contradição – tal como as apresentadas alegando falta de congruência do decisório com súmula de jurisprudência ou lei – não serão conhecidos, eis que os pressupostos de conhecimento do recurso apresentado não estarão presentes.

No mais, o juízo não está obrigado a fazer da fundamentação uma resposta simétrica aos argumentos lançados pelas partes. Deve expor os motivos que conduziram sua persuasão racional de forma clara (princípio do livre convencimento motivado, CF, art. 93, IX e CPC, art. 131).

**III – CONCLUSÃO.**

ISTO POSTO E MAIS O QUE CONSTA NOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO DEMANDANTE **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – MPT** EM FACE DA 1ª DEMANDADA **JCR COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. (GRUPO KALLAN)** E DA 2ª DEMANDADA **RJF COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. (GRUPO KALLAN)**, DECIDO, EM SEDE MERITÓRIA, JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL PARA CONDENAR AS DEMANDADAS **(A)** A CUMPRIREM INTEGRALMENTE AS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER CONTIDAS NO ITEM 5.1 DA PETI-

14. SÚMULA 439. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

ÇÃO INICIAL (SUBITENS “A”<sup>15</sup> E “B”<sup>16</sup>), IMEDIATAMENTE, A CONTAR DA CIÊNCIA DA PRESENTE, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) POR ITEM NÃO CUMPRIDO E POR EMPREGADO ATINGIDO, ATÉ O LIMITE DE R\$ 500.000,00 (QUINHENTOS MIL REAIS), DE ACORDO COM O ART. 497 DO NOVO CPC E ARTS. 765 E 652, D, DA CLT, REVERTIDA AO FAT OU A ENTIDADES FILANTRÓPICAS IDÔNEAS QUE ATUAM NA BAIXADA SANTISTA, MEDIANTE INDICAÇÃO DO MPT; E A CUMPRIREM OBRIGAÇÃO DE PAGAR O VALOR REFERENTE ÀS SEGUINTE PARCELAS:

**(I) REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS NO TOTAL DE R\$ 600.000,00 (SEISCENTOS MIL REAIS), ATUALIZADA ATÉ A PRESENTE DATA, REVERTIDA À SANTA CASA DE SANTOS (50%) E AO HOSPITAL ESTADUAL GUILHERME ÁLVARO, EM SANTOS (50%), DESDE QUE FIRMEM TAC COMPROMETENDO-SE A NÃO CONTRATAR TRABALHADORES POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA;**

**(II) JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, ESTA PELO INPC/IBGE.**

ISENTO DE CUSTAS O DEMANDANTE. INEXISTEM RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS OU FISCAIS. TUDO NOS TERMOS E LIMITES DA INICIAL E DA FUNDAMENTAÇÃO SUPRA. CUSTAS PELAS DEMANDADAS, NO VALOR DE R\$ 12.000,00 (DOZE MIL REAIS), CALCULADAS SOBRE O VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO, DE R\$ 600.000,00 (SEISCENTOS MIL REAIS). APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, ENCAMINHAR CÓPIA DA PRESENTE, POR EMAIL, A TODAS AS VARAS DO TRABALHO DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL. CIENTIFICAR AS PARTES, SENDO O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PESSOALMENTE. NADA MAIS.

**IGOR CARDOSO GARCIA**

JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO

15. Abster-se de “realizar revistas íntimas, assim entendidas aquelas que importem qualquer tipo de contato físico e/ou exposição de partes do corpo ou objetos pessoais, tais como as revistas visuais nas bolsas, mochilas e demais pertencer de seus empregados”.

16. www.Abster-se de “adotar, na defesa de seu patrimônio ou por qualquer outra razão, vigilância em áreas íntimas ou vigilância de caráter típica e claramente individual, que configurem prática vexatória e/ou atentatória da dignidade e da intimidade de seus empregados”.

## 5ª VARA DO TRABALHO DE BARUERI PROCESSO Nº 1003010-64.2016.5.02.0205

Aos vinte quatro dias do mês de agosto do ano de dois mil e dezessete às 20h10, estando aberta a audiência da 5ª Vara do Trabalho de Barueri na presença do Exmo. Juiz do Trabalho **LAERCIO LOPES DA SILVA**, foram, por ordem Juiz Presidente apregoados os litigantes **DANIELLE DOS SANTOS BARBOSA**, reclamante **CATHO OLINE LTDA**, reclamada. **PARTES AUSENTES**. Pelo Juiz do Trabalho foi prolatada a seguinte **DECISÃO**:

**DANIELLE DOS SANTOS BARBOSA**, qualificada na inicial, ajuizou a presente reclamação informando que fora admitida em 19.10.2015 e dispensada, por justa causa, em 05.08.2016. Exerceu a função de Operadora de Telemarketing. Teve último salário de R\$ 2.111,83 por mês.

Pretende a reclamante a reversão de sua dispensa para sem justa causa ao argumento de que fora dispensada por justa causa, porém a medida fora excessiva. Refere que recebera a notícia com desespero, informando que após a reclamada ser notificada de que estava grávida o tratamento com ela mudara, eis que tudo que fazia era chamada atenção e passou a ser perseguida em seu local de trabalho. Invoca os artigos 494 e 652 da CLT para argumentar que o seu empregador não operacionalizou os instrumentos jurídicos necessários ao desate do contrato de trabalho dos empregados estáveis, aduzindo que a dispensa por justa causa fora desproporcional. Postulou a declaração de nulidade da dispensa por justa causa com a reintegração ao emprego, além do pagamento de indenização por dano moral. Atribuiu à causa o valor de R\$ 40.000,00. Juntou procuração e documentos.

A reclamada apresentou sua defesa às fls. 87/97, aduzindo, em suma síntese, que como operadora de telemarketing a reclamante deveria demonstrar empatia nos atendimentos, devendo agir de forma absolutamente respeitosa. Refere que a partir do mês de julho do ano de 2016 começou a receber reclamações dos clientes sobre tratamento dispensado a eles pela autora, oportunidades em que a reclamante teria sido grosseria e mal-educada, o que acabara por inviabilizar a sua permanência no trabalho.

O pedido de tutela antecipada de urgência foi rejeitado por conta da alegação de dispensa por justa causa.

A instrução processual foi encerrada após a oitiva da reclamante e do depoimento de duas testemunhas.

As propostas de conciliação não lograram êxito.

A reclamante apresentou réplica à defesa e documentos em audiência. As partes aduziram razões finais orais em audiência.

### É o relatório.

#### Fundamento e Decido.

##### 1. Da reversão da dispensa para sem justa causa.

a) Da tipicidade e proporcionalidade da justa causa.

Pretende a reclamante a reversão de sua dispensa para sem justa causa, com a consequente reintegração ao empre-

go ao argumento de que a justa causa aplicada pela reclamada fora excessiva e desproporcional.

Sustenta a reclamada, em suma síntese, que a reclamante fora dispensada por justa causa por conta de reclamações de clientes sobre tratamento dispensado a eles pela autora, que deveria tratá-los com urbanidade. Juntou provas em áudio cujos diálogos foram reconhecidos pela reclamante em audiência. Tipificou as condutas da reclamante no que dispõem as alíneas “b” e “j”, do art. 482 da CLT.

Tem razão a reclamante. A justa causa aplicada pela reclamada não tem suporte probatório para ser mantida. Em primeiro lugar deixo assentado que a robustez que a jurisprudência trabalhista persegue na comprovação da justa causa equivale a uma razoável ponderação de tipificação do ato do empregado ao disposto no art. 482 da CLT e leis esparsas que ligam os atos sujeitos à justa causa. Esse elenco não tem natureza de *numerus clausus*, contudo deve seguir parâmetros de razoabilidade na conformidade do elenco específico do art. 482 da CLT, vez que se trata de norma punitiva que desapossa o empregado de bens que lhe são caros à subsistência e reputação no mercado de trabalho. Não pode o empregador, a seu bel prazer, criar tipo, fugindo que uma estrita legalidade característica das normas punitivas.

No caso dos autos as condutas imputadas à reclamante não se enquadram em incontinência de conduta e mau procedimento, tampouco naquelas descritas na alínea que trata de ato lesivo à honra e outros, como quis enquadrar a reclamada.

O termo justa causa tem no seu suporte fático a adequação dos fatos imputados ao empregado com a tipificação na norma jurídica. Nas relações contratuais onde há uma pessoa humana diretamente envolvida, o suporte fático sempre revela um direito de personalidade.

Antes de o juiz analisar a graduação das penas a autorizar a dispensa por justa causa, impende analisar se era possível ao empregador dispensar o empregado sem justa e não o fez para dispensá-lo por justa causa apenas para apena-lo e ver-se livre do pagamento de seus consectários legais. Nesses casos, a dispensa deve ser revertida, visto que se configura em utilização abusiva do seu poder potestativo e assédio moral. Para que o elemento subjetividade não reste contemplado de forma absolutamente desigual, com prejuízo ao empregado, impende que a justa causa seja justificada proporcionalmente aos danos causados pelo empregado ou prejuízo na fidúcia necessária a continuidade do contrato de trabalho.

A função social do contrato e a limitação da autonomia da vontade pela inserção de questões existenciais no contrato, implicam em dizer que ao empregador não é dado escolher em dispensar por justa causa quando poderia dispensar sem justa causa, visto que além dos fundamentados acima, violaria a comutatividade do contrato de trabalho e o princípio da proporcionalidade posto que ao empregado nunca é dada essa possibilidade. De concluir-se, pois, que o poder potestativo do empregador também é mitigado pela vertente da comutatividade do contrato de trabalho e do princípio da proporcionalidade. Se se argumenta que não podia o empregador dispensar sem justa causa por gozar o empregado de estabilidade, resta confessado que a causa da dispensa não era suficiente

para dispensar o empregado estável sem justa causa, por isso foi lhe dada importância maior do que efetivamente tinha única e exclusivamente para justificar a dispensa justa.

O fato de a reclamante estar grávida com o conhecimento da reclamada, implica em que a dispensa justa seja tomada sob cautelas, já que a gravidez tem sido um ponto de frequentes atritos entre empregadores e empregadas que ostentam esta estabilidade provisória.

Uma interpretação do art. 482, da CLT com suporte no princípio da comutatividade dos contratos e da isonomia insculpido na Constituição Federal de 1988, temos que a dispensa por justa causa não foi recebida pelo Constituição Federal de 1988, portanto nos moldes em que está estabelecida na CLT viola a isonomia do contrato de trabalho, portanto é inconstitucional. E assim o é, visto que o empregador dispensa o empregado por justa causa sem lhe pagar os seus direitos trabalhistas que têm natureza alimentar; porém o empregado, ao rescindir o contrato de trabalho por rescisão indireta, não tem o direito de forçar o empregador a lhe pagar as verbas e depois tentar recuperá-las em juízo, portanto, além de violar a comutatividade e a natureza de sinalagmático do contrato de trabalho a forma como a CLT autoriza o desate do contrato de trabalho por justa causa reforça a grande diferença de poderio entre as partes que não pode se coadunar com o princípio constitucional da isonomia e o novo constitucionalismo vigente.

#### b) Do devido processo legal aplicável à dispensa por justa causa. Processo mínimo e oitiva do empregado.

O elemento objetivo da robustez da prova pode, em algumas hipóteses, afastar a necessidade de se travar um contraditório ou pode apenas necessitar de um contraditório mitigado, para tornar eficaz a dispensa justa, contudo, em regra, por conta da imposição do *due process of law*, já que ninguém pode ser desapossado dos seus bens sem o devido processo legal, a nosso juízo, em quase toda justa causa deveria haver um **processo mínimo** de apuração dos fatos, com amplo direito de defesa, dentro da empresa para a garantia da efetividade da cláusula referida. Isso porque, sem esse processo, a subjetividade do elemento justa causa se torna uma arma do empregador contra o empregado. Portanto, em não sendo assim procedido, dentro da empresa, deve o juiz invalidar a dispensa.

É incontroverso nos autos que a reclamante fora dispensada quando estava grávida e pelas datas apontadas nos autos as punições que lhe foram aplicadas o foram durante o seu estado gravídico.

As mulheres, quando estão grávidas, experimentam sérias mudanças em seu corpo durante a gravidez, sendo certo que muitas são acometidas de pressão alta, depressão e outros males, por conta das mudanças hormonais. Daí se conclui que a estabilidade gestante impõe ao empregador, para além da mera estabilidade estrita, releva condutas que não decorreriam se a empregada não estivesse nesse estado. Esse dever de cuidado que o empregador tem que ter com as empregadas grávidas e de resto com os demais empregados é considerado na doutrina do direito do trabalho alemão como uma espécie de direito de personalidade específico da Justi-

ça do Trabalho, como preconiza Peter Häberle:

“A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da Lei Fundamental sobre as relações de emprego. Na verdade, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração humanamente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuidado e assistência (*Fürsorgepflicht*). Trata-se como que de um direito da personalidade específico na esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o direito coletivo de trabalho, encontra limites no art. 1º da Lei Fundamental; ainda na negação de uma violação da dignidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específica do direito do trabalho”<sup>1</sup>

Ao imputar os fatos à reclamante, deveria ter a reclamada aberto um procedimento de investigação com prévia oitiva da reclamante para que relatasse as dificuldades para desenvolver o trabalho e para que justificasse as atitudes que vinha tomando. Assim não se comportamento a reclamada violou o devido processo legal que autoriza o desapossamento de um bem. Ademais, a só ausência de oitiva da reclamante já seria suficiente para a nulidade da dispensa com suporte em ato faltoso, visto que na doutrina de Laurence Tribe, o direito ao devido processo legal tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa). E assim o é, visto que quando a empregada não foi ouvida a reclamada a teve como um objeto que deve simplesmente cumprir as ordens sem possibilidade de justificar seus atos, muito deles marcados por vicissitudes da própria condição humana. Transforma-se, então, a empregada em mero objeto do lucro do empregador aflorando a *reificação*, típica de relações não guiadas pelos direitos fundamentais.

Ora, se a reclamante, justamente quando ficou grávida, começou a apresentar sintomas de que estava impaciente com os clientes, cumpria à reclamada trocá-la de função ou chama-la para uma outra reciclagem. Ao revés, a reclamada jogou a reclamante no olho da rua, sem salário e grávida, numa justa causa forçada, não se importando se passaria fome ou se a gravidez se agravaria prejudicando com certeza seu pré-natal. Isso não configura apenas no dever de assistência e cuidado, como direito de personalidade, mas também representa o real sentido da valorização do trabalho humano disposto no inciso IV, do art. 1º da Constituição Federal de 1988, que traz uma relação dialética com o princípio da livre iniciativa disposto no mesmo artigo e inciso, vez que a exploração humana não encontra assento constitucional se não observada a valorização da pessoa na relação. Essa disposição é típica daquelas que representam a passagem do Estado liberal para o Estado social tendo o princípio da proporcionalidade como o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Explorar o trabalho

<sup>1</sup> Häberle, Peter, in *Dimensões da Dignidade Humana*, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e 68.

humano com a observância da valorização humana é a nota essencial do princípio da proporcionalidade que mitiga a essência do capitalismo exacerbado pela ganância pelo lucro.

### c) Da liberdade de pensamento e limites da desobediência civil.

Desde o advento da Constituição de Weimar que estabeleceu em seu artigo 118 que o direito de privacidade deveria ser mantido no local de trabalho, jurisprudência e doutrina do trabalho estudam os limites da aplicação dos direitos fundamentais no local de trabalho. Nos parece que, a exemplo do direito de privacidade, a liberdade de pensamento não pode ser tolhida de modo a tornar o empregado um objeto sem a mínima capacidade de se rebelar nos limites de uma razoável desobediência civil. Os arroubos de retórica ou comportamentos nos limites do razoável a se perceber que compõem liberdade mínima decorrente da própria condição humana, devem fazer parte do risco do empreendimento e suportados pelo empregador, visto que não está o empregado obrigado a cumprir ordens ou atos que desfiguram a sua condição humana ou que são capazes de *reificá-los*. Estes atos não precisam ser dirigidos diretamente a prepostos da empresa, mas também a seus clientes, nos limites das próprias tarefas desempenhadas pelos empregados.

### d) Limites do empregador da criação de figuras jurídicas; subjetividade e dimensão psíquica do processo de mais-valor.

Como já dissemos acima, a não tipificação dos atos do empregado no art. 482 ou legislação esparsa, que autorizam a dispensa por justa causa, pode ocasionar a criação de uma figura jurídica pelo empregador afastando-se da restrita legalidade que devem obedecer as normas punitivas, exacerbando a subjetividade do termo justa causa. A ausência de uma tipificação máxima pode significar a transferência do ônus do empregador para o empregado por deficiência da subsunção do suporte fático.

O processo do mais-valor em Karl Marx, significa que o empregado sempre presta mais serviços para o empregador do que aquele que lhe comumente por ele lhe é pago. Contudo, no cotidiano da relação empregado *versus* empregador observamos a presença de uma espécie de mais-valor psíquico, vez que algumas atitudes dos empregadores se revelam em verdadeiros calvários para os empregados, causando-se sofrimentos que nunca são recompensados e outras vezes exacerbados com dispensa por justa causa sem parâmetro jurídico, como na vertente hipótese. Esse processo de submissão leva o empregado a pensar que realmente a culpa foi sua por não ser aquele cordato e alienado empregado, sem perceber que direitos fundamentais de sua titularidade estão sendo violados.

### e) A vedação da prova ilícita no processo do trabalho. Pode o empregador se valer de gravação da conversa com o cliente para punir o empregado?

A doutrina não é unânime na aceitação da prova ilícita no processo. Leciona Nelson Nery<sup>2</sup> que parte da doutrina pos-

tula pela aceitação da prova ilícita como válida e eficaz. Para o autor, porém, não devem ser aceitos os extremos: nem a peremptória de emprestar-se validade eficaz à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-rep-tícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. Segundo o autor a proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade.

Prescreve a Constituição Federal de 1988:

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em resumo, na conformidade do CPP prova ilícita seria aquela obtida com violação de normas legais e constitucionais.

Nelson Nery<sup>3</sup>, com suporte nas lições de Celso de Melo Filho, classifica as provas ilícitas da seguinte forma:

“A prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva: a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação de sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc). Há ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja ilícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao seu momento introdutório. Em suma, razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público”

Em tema de processo do trabalho todas as hipóteses elencadas acima podem ocorrer, contudo as questões que mais se sobressaem são aquelas que violam a privacidade do emprego, visto que aquelas obtidas sob constrangimento moral quando o empregador ameaça o empregado de demissão e de lhe negar uma promoção para dar depoimento a ele favorável, embora seja difícil a comprovação pelo empregado.

Segundo Robert Alexi o Tribunal Constitucional alemão tem no exame de sua jurisdição uma série de inconsistências sobre o tema. Às vezes, a Corte sinaliza na direção da concepção absoluta, outras vezes, a Corte sinaliza na direção da concepção relativa. Salienta o autor que um exemplo de decisão com um forte toque absoluto é a decisão de 1973 sobre as gravações secretas. O Tribunal salientou que a dignidade humana exige um “núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada”, e determina a relação entre o conceito de proteção absoluta e o conceito de ponderação da seguinte forma:

Ainda que atendendo os interesses públicos, não se jus-

de 1988. São Paulo – 2010. Revista dos Tribunais. 10ª edição. p.264  
3. idem, p. 270.

tifica uma violação o núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada; nenhuma ponderação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer.

A conclusão é a de que na jurisprudência do processo do trabalho prevalece o núcleo da autodeterminação privada.

Nesta mesma linha de raciocínio, quando o empregador se utiliza de gravação da conversa do empregado com o cliente visando a proteção deste, esta gravação não pode ser utilizada para apenar o empregado, pelos seguintes motivos: a) o empregado não pode ser gravado, sem uma justificativa legal durante toda a jornada de trabalho, visto que isso viola a sua privacidade, configurando um constrangimento. A gravação permanente é incompatível com a fidúcia necessária ao cumprimento do contrato de trabalho; b) viola o princípio da isonomia já que o empregado não tem os mesmos mecanismos para fiscalizar o empregador, aptos a lhe aplicar uma justa causa; c) o objetivo da gravação não pode ser alterado sem que haja a permissão do empregado ou negociação coletiva.

O TST tem admitido que a empresa invada o e-mail corporativo do empregado, sem qualquer limite. Nos parece, contudo que, embora o e-mail seja da empresa pode haver nele armazenados dados que invadam a privacidade do empregado, portanto o empregador deveria solicitar permissão ao empregado para ter acesso ao referido e-mail e, se negado pelo empregado, requer autorização judicial para tanto.

A Constituição de Weimar no art. 118, par 1, alínea 2, entende o direito à livre manifestação do pensamento expressamente às relações laborais e empregatícias. Embora nossa Constituição não diga expressamente sobre a extensão dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, não foi preciso fazê-lo visto que elevou os valores sociais do trabalho a fundamento do Estado Democrático de Direito, o que resguarda os direitos fundamentais no local de trabalho.

Nesse sentido o Tribunal Federal do Trabalho alemão considerou sem efeito a demissão de um empregado que trabalhava em uma pequena empresa e que não gozava de proteção contra demissão sem justa causa, pois ao empregador **faltou um mínimo de consideração social**. O Tribunal derivou do art. 12, par. 1, da Lei Fundamental, em conexão com o princípio do Estado Social, a proteção necessária à estabilidade para uma relação de trabalho rescindível a qualquer tempo. Entendeu o Tribunal que quando é concedida ao empregador a competência de determinar unilateralmente o conteúdo da relação de trabalho e, eventualmente, encerrá-la, a proteção dos direitos fundamentais dos destinatários requer que o poder de configuração do empregador, unilateral e não influenciável por parte do empregado, seja delimitado. O empregador precisa, por conseguinte, no caso de intervenções em posições protegidas do ponto de vista jurídico-fundamental, **tomar os interesses do empregado em adequada consideração** (grifos nossos). Caso ele não cumpra este mandato, o ato em questão haverá de ter sua eficácia negada pelos tribunais competentes<sup>4</sup>.

4. Singer, Reinhard. Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho *in* Direitos Fundamentais e Direito Privado – organizadores António Pin-

Com suporte na Constituição Federal alemã decidiu o Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha que os trabalhadores não podem trabalhar injustificadamente sob fiscalização de câmeras como se estivessem em um big brother. Isso significa que em havendo câmeras localizadas na empresa há que haver uma proteção à privacidade dos empregados, sendo certo que os empregados devem ser informados da localização das mesmas e os respectivos períodos de funcionamento. A preservação da privacidade revela da mesma forma a necessidade de preservação da chamada auto-representatividade que é um dos elementos do direito de personalidade do empregado, que não pode ser violado ou ponderado.

No concernente à primeira questão, a gravação da voz ou filmagem que tem por objetivo único a proteção do patrimônio não pode ser travestida para uma outra finalidade, visto que isso violaria o direito de privacidade do empregado, além do que, como instrumento passível de gerar uma punição ao empregado, violaria o direito geral de isonomia já que ao empregado não é dado instrumento com mesma eficácia para que fiscalize o empregador no cumprimento do contrato de trabalho. Ora, se alguém não pode ser gravado o tempo todo sem uma justificativa constitucional, por certo que uma prova retirada desta prática ilegal é da mesma forma inconstitucional visto que se constitui em verdadeiro constrangimento ao empregado.

Na aferição da dispensa por justa causa por este fundamento, por exemplo, a partir do princípio da proporcionalidade os subprincípios da adequação e necessidade se referem a possibilidades fáticas, portanto devem ceder lugar para uma aferição em primeiro plano do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que trabalha com possibilidades jurídicas. E assim o é, como no vertente caso, em que *prima facie* se tem que ponderar o direito fundamental de privacidade do empregado com o direito potestativo do empregador decorrente do direito fundamental de livre-iniciativa, quando este último é configurado vertendo-se em liberdade negativa no sentido da impossibilidade de desrespeitar as normas trabalhistas formais e materialmente constitucionais que asseguram a sua configuração e, portanto, limitam o direito potestativo. Analisada a questão por este prisma ter-se-ia que todas as demais questões fáticas que embasariam a dispensa, restariam prejudicadas, eis que no exame da proporcionalidade seriam analisadas nos subprincípios adequação e necessidade. Portanto, pelo prisma dos direitos fundamentais a dispensa restaria nula, vez que violara o direito de privacidade do empregado.

Para além de vulnerar o direito de privacidade, a prova feita exclusivamente a partir de gravação, tem o caráter de prova de irrefutável violação ao devido processo legal em suas duas dimensões tanto a processual como a substantiva. A substantiva é violada por conta de que a oitiva do empregado se torna sem força para contestá-la, violando a sua dignidade pessoal que é assegurada pelo devido processo legal. A retirada da possibilidade de confrontação da verdade dita pelo empregado com as imagens feitas em assédio cotidiano de seu direito constitucional de privacidade.

to Monteiro; Jörg Neuner e Ingo Sarlet – Almedina - pg. 335.

f) Verifica-se da prova dos autos, e nesse sentido a digníssima patrona da reclamante andou bem ao anotar que a reclamada não logrou comprovar que efetivamente ocorria reclamação de cliente sobre a atitude da reclamante por conta do atendimento, portanto o motivo da justa causa foi lastreado em uma mentira, portanto uma fraude processual. Ora, se reclamação não houve não se pode falar em prejuízo. Ademais, alega a reclamada que a reclamante chamara uma cliente de mal-educada e para a outra que então ela deveria continuar desempregada e, finalmente, dissera a um cliente que ele era retardado. Em primeiro lugar em relação ao último cliente não há comprovação nos autos de que o mesmo ouviu a ofensa da autora. Em relação aos demais casos, não há maior gravidade, tanto que não se vê nos autos qualquer tipo de reclamação dos clientes.

Considerando que a reclamada não logrou comprovar que não havia outra saída se senão a dispensa justa; que as provas não tipificam o ato nas hipóteses de justa causa; que a prova foi colhida de forma ilegal; que há absoluta desproporcionalidade entre as alegadas faltas cometidas com a dispensa por justa causa; não foi observada a necessária gradação das penas no momento de aplicação da justa causa e a reclamada não tomou em consideração o fato do prejuízo de se despedir por justa causa uma pessoa grávida. A dispensa por justa causa de uma mulher grávida deve ser pautada em um fato grave o suficiente para afastar a configuração do direito que tem extrato constitucional e albergado na disposição do Art. 10, II, do ADCT da CF/88 e toda sua carga axiológica e de significação da relação dialética entre valor social do trabalho e iniciativa privada.

Por estes fundamentos, reverto a dispensa da autora para sem justa causa, declarando nula a sua dispensa por justa causa.

Deve, pois, a reclamada pagar à reclamante: diferenças de saldo de salário; aviso prévio; 13º salário proporcional; férias proporcionais, acrescidas de 1/3; FGTS, acrescido da multa de 40% sobre as verbas rescisórias; multa de 40% sobre os depósitos fundiários e multas dos arts. 467 e 477 da CLT. Defiro a expedição de alvarás para saque do FGTS e do seguro desemprego. As multas dos arts. 477 da CLT foram deferidas posto que a absoluta desproporcionalidade entre os fatos imputados à reclamante e a dispensa por justa causa, comprova a ilegalidade da dispensa. Verifica-se dos autos que a reclamada ao fazer o pagamento das verbas rescisórias da reclamante, que se restringiu ao pagamento do saldo de salário, não tomou em consideração a média das comissões que lhe eram pagas. A média mensal das comissões deverá ser observada para efeito de pagamento de todas as verbas deferidas nesta sentença. Indefiro a aplicação do que dispõe o art. 478 da CLT, visto que suas disposições não se aplicam na hipótese.

Revertida a dispensa da reclamante para sem justa causa e inconvertido nos autos que estava grávida quando de sua dispensa, acolho o pedido de reconhecimento de sua estabilidade provisória por gravidez. Ultrapassado o período de estabilidade provisória não se faz possível a reintegração ao emprego da reclamante. Assim, converto o pedido de reintegração ao emprego em indenização equivalente consistente em: salários; 13º salários; férias, acrescidas de 1/3; e FGTS, acrescido da multa de 40%, desde a dispensa até 5 meses após o parto, observados os benefícios auferidos pela categoria profissional no período sejam legais ou convencionais.

Verificado nos autos que a reclamante foi dispensada quando estava grávida e encontra-se desempregada, passando por dificuldades financeiras, converto o pedido de tutela antecipada para reintegração ao emprego em um adiantamento no importe de R\$ 12.000,00, corresponde a 12 meses de seu salário fixo, que deverá ser pago pela reclamada em 10 dias da publicação desta sentença, sob pena de execução imediata.

## 2. DO SALDO DAS COMISSÕES DOS MESES DE JUNHO E JULHO DO ANO DE 2016.

Aduz a reclamante que a reclamante não lhe pagara as comissões dos meses de junho e julho do ano de 2016.

A reclamada contestou o pedido e logrou comprovar que pagara as verbas em TRCT complementar, valores que não foram impugnados pela reclamante. Indefiro o pedido.

## 3. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Pretende a reclamante indenização por dano moral ao argumento de que quando a reclamada tomou ciência de sua gravidez passou a ser perseguida, além do que a sua dispensa fora desproporcionada e excessiva. Refere que a sua condição de grávida a impedia de conseguir nova ocupação.

A reclamada contestou o pedido aduzindo, em suma síntese, que a dispensa por justa causa foi medida proporcional aos fatos narrados nos autos, mesmo porque a reclamante já era reincidente.

Os argumentos por nós já exarados nesta fundamentação deixam estremes de dúvidas de que a dispensa da reclamante fora violenta e desproporcional com o único propósito de se ver livre dos dissabores que uma grávida por trazer ao empregador, na visão dos próprios. Portanto, a dispensa foi claramente obstativa da estabilidade, tanto que não se logrou comprovar qualquer sustentação nas provas trazidas aos autos, restando revelada uma fraude ao não comprovar a reclamada que recebera reclamações de clientes.

O próprio saldo de comissões da reclamante é hábil a demonstrar que trabalhava com responsabilidade. A dispensa da reclamante foi cruel e com total ausência de solidariedade por parte de uma empresa que não é de pequeno porte ao lançar a reclamante a sua própria sorte grávida em sem emprego para seu sustento e do filho e impedida de conseguir nova ocupação justamente por sua condição de grávida. O ato ilícito cometido pela reclamada é patente. No caso em exame não faltou apenas solidariedade, mas também compaixão pela autora e seu filho. A reclamada tratou a reclamante com um objeto descartável, negando sua própria condição humana.

Destarte, considerando que a dispensa por justa causa da autora foi absolutamente desproporcional e desumana, violando a disposto no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Cons-

titucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, em verdadeira fraude, acolho o pedido de indenização por dano moral no importe de R\$ 25.000,00, por entender como justo e razoável para o caso “sub judice”, tendo eficácia punitiva para o ofensor e servindo de limite para possível reincidência, sem ocasionar lucro fácil para o ofendido e empobrecimento demasiado para o ofensor. Neste sentido peço vênia para a transcrição da seguinte ementa “Dano moral. CF, art. 5º, X. O valor deve ser justo e razoável. Justo, para reparar a injustiça e para que todos saibam da ofensa e da reparação; e razoável, para que a indenização não sirva de pretexto para o enriquecimento de um e empobrecimento de outro. Não basta que se condene o ofensor a pagar uma quantia simbólica, como que lhe dando uma advertência para que o ato não se repita. É necessário que o valor sirva de limite ao agressor”. TRT/SP 20000561988 RO - Ac. 09ªT. 20010669781 DOE 26/10/2001 Rel. LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA. Também neste sentido: “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. A reparação do dano moral deve ter em conta o princípio da razoabilidade, resultante da avaliação do porte do ofensor e do perfil do ofendido, atuando de forma didática e, portanto, com força suficiente para que a ofensa não se repita.” TRT/SP 20000337441 RO - Ac. 08ªT. 20010731290 DOE 04/12/2001 Rel. JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA.

## 4. DA CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA JUDICIÁRIA.

Autorizo a extração de cópias para os fins de constituição de hipoteca judiciária nos termos do art. 495, §2º, do CPC.

## 5. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DA INDENIZAÇÃO DO ART. 404, DO CÓDIGO CIVIL.

É sabido que os trabalhadores são obrigados a arcar com o pagamento de pelo menos 30% do valor recebido para custear seu advogado, o que lhes causa um evidente prejuízo, ficando o seu ex-empregador sem qualquer responsabilidade em ressarcir-lo, numa manifesta injustiça, o que resulta em recebimento pelo ex-empregado de apenas 70% do que lhe era devido.

Apelando à casuística podemos supor que um empregado trabalhe anos para uma empresa e após o desligamento tenha um crédito de R\$ 30.000,00. A empresa resolve pagar a totalidade do crédito do autor na audiência inaugural, em dois cheques, sendo um de R\$ 21.000,00, correspondente ao crédito do autor e outro de R\$ 9.000,00 referentes aos honorários do advogado do reclamante.

Ora, nos parece insofismável que o empregado pagou por um erro de outrem e teve um empobrecimento em seu patrimônio e o empregador um enriquecimento sem causa.

Para afastar do debate aqueles que preconizam que o autor poderia se valer do *jus postulandi*, deverá se ter em conta de que ao se utilizar dessa via poderia experimentar um prejuízo muito maior, eis que desconhece a intrincada legislação trabalhista. Ademais, pode-se afirmar que esta alegação equipara-se a valer-se o empregador da própria torpeza, posto que deixa de pagar o empregado, vai a juízo com bom advogado para defender o seu interesse e pretende que o hipossuficiente demande desamparado de advogado habilitado.

Ensina-nos Silvio Rodrigues que os direitos trabalhistas nasceram da idéia de que era imoral um empregado trabalhar por certo período para o empregador e posteriormente sair sem receber qualquer tipo de indenização. Pois bem, se assim o era em tempos remotos, ao aceitarmos que o empregado não receba a totalidade dos seus créditos ao ser dispensado voltamos àqueles tempos, valendo ressaltar que os direitos trabalhistas nasceram do princípio da moralidade, princípio este hoje alçado ao *status* de constitucional.

Preceitua a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro no art. 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Se os direitos trabalhistas são de natureza alimentar e tendo em conta a enorme disparidade de poder econômico entre patrão e empregado, nenhuma brecha há de haver no direito que propicie que o empregado não receba tudo que efetivamente tem direito.

Portanto não vemos justificativa para que não se aplique no particular o princípio da restituição integral do que é devido ao empregado, princípio este consagrado na prática do bom direito.

De fato, a doutrina e jurisprudência tradicionais se apegam no verbete da Súmula 219, do C.T.S.T., contudo no último quartel do século passado o direito civil cedeu lugar ao direito constitucional que trouxe em seu bojo princípios que se alinham ao princípio da restituição integral como o da razoabilidade ou proporcionalidade; dignidade da pessoa humana e função social do trabalho, etc. Portanto, esta mudança de paradigma no direito pátrio requer uma sacudida total na jurisprudência pois o novo código civil também trouxe instrumentos modernos para a busca do direito justo, também com elementos pós-positivistas. Com os adventos da Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil de 2.002, que trouxeram elementos inovadores, muito de nossa jurisprudência tornou-se velharia do século passado a exemplo da Súmula 219, do C.T.S.T., impondo-se, pois, sua reformulação.

Afasto de logo qualquer alegação de julgamento extra petita, posto que a dicção ‘pode o juiz’ do parágrafo único do art. 404, do código civil, indica que a regra é instrumento de equidade e pode ser aplicada pelo juiz para equilibrar os prejuízos não cobertos pelos juros de mora. Instrumentos de equidade prescindem de pedido na petição inicial, eis que é dever do juiz aproximar a decisão o mais possível da justiça em cada caso. De se notar que o reclamante postulou honorários advocatícios. Depreende-se da leitura do art. 20, do CPC., e é pacífico na jurisprudência e doutrina pátrias, que o juiz aplicará os honorários advocatícios, independentemente de pedido na inicial, o que equivale a dizer que o referido pedido é aceito como pedido implícito. Ora, se nas relações estritamente contratuais onde as partes estão em pé de igualdade na relação jurídica o pedido de honorários pode ser implícito, este fundamento, por analogia ou aplicação subsidiária com maior razão pode ser transportado para o direito do trabalho que tem nas suas verbas especial proteção por se tratarem de verbas de natureza alimentícia.

Se se aplicasse ao vertente caso a chamada teoria do diálogo das fontes, teríamos que o direito do trabalho seria um

microsistema em relação ao CPC, notadamente em relação aos honorários advocatícios, já que não há norma específica sobre honorários na CLT. Nesse sentido, talvez fosse até despicando a aplicação do princípio citado já que não há conflito real ou mesmo aparente de normas, portanto não empecilhos para aplicação do princípio da hierárquica das normas ou simplesmente a analogia, o que fazemos aqui, mas com o art. 404, do Código Civil. Como já dissemos aqui, este dispositivo está sendo empregado não de forma subsidiária, mas sim de forma direta com base no diálogo das fontes, mesmo por que entendemos que o art. 8º, da CLT não impede e aplicação direta do Código Civil.

Ademais, como assinala Flávio Monteiro de Barros, “o Código Civil de 2.002 tem entre seus princípios norteadores o da eticidade que confere maior poder ao Juiz para decidir o caso concreto, não só suprimindo as lacunas da lei, mas também resolvendo os litígios com base na equidade, quando autorizado pelo ordenamento jurídico, ou quando a norma expressa for deficiente ou injustável para o caso concreto. No novo Código, nem tudo se resolve por meio de preceitos normativos expressos, pois são fartas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. **O grande número de hipóteses em que a decisão deve se basear em critérios ético-jurídicos amplia, em nome de uma solução mais justa ou equitativa, os poderes do magistrado.** Como esclarece Miguel Reale, no novo Código não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento. Nesse sentido, é posto o Princípio do Equilíbrio Econômico dos Contratos como base ética de todo Direito Obrigacional” G.N. (Apostila curso a distância federal – módulo I, p.2).

Como observa Miguel Reale, referido na mesma obra referida acima, o Brasil têm duas leis fundamentais, a Constituição e o Código Civil, posição com a qual nos filiamos o que é suficiente para se afastar posicionamento contrário a nossa posição com supedâneo no art. 8º, da CLT., porquanto este dispositivo da CLT., não recebe as normas do Código Civil de forma subsidiária, mas sim recepciona-as e as incorpora ao seu texto. E assim o é posto que a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e o próprio Código Civil são sobrenormas aplicadas a todo o ordenamento jurídico.

Nesta linha de afastamento de uma crença plena no Direito Positivo, o STF, no recurso extraordinário 161.243-6, determinou a equiparação salarial entre empregado brasileiro em relação aos franceses na empresa “Air France”, que realizavam as atividades idênticas com suporte no princípio constitucional da isonomia, não levando em conta detalhes do art. 461, da CLT., que condiciona a equiparação salarial ao tempo máximo de 2 anos na função e a mesma perfeição técnica no trabalho no desempenho da função. Dessa forma, assentou o STF que os princípios constitucionais têm normatividade direta, acolhendo, pois, a tese do pós-positivismo.

Veja-se que o novo Código Civil potencializou o dano causado a outrem reputando-o de ato ilícito, ainda que cometido por mera negligência ou imprudência, no art. 186, significando que as omissões voluntárias e involuntárias devem ser punidas. Ora, se o empregador dispensa o empregado e não lhe

paga os consectários legais obrigando-o a manejar os instrumentos da Justiça, por certo deve arcar com o ônus do pagamento do patrono do ex-empregado. Pensar de outra forma nos remeteria a um período do positivismo mais conservador e não homenagearia o pós-positivismo inaugurado com Carta da República de 1988 e ampliado com o Código Civil de 2.002, negando vigência a estes modernos instrumentos e a seus princípios.

Ao cristalizar a doutrina do Direito Constitucional de que os princípios têm normatividade, ampliou-se o campo de atuação do magistrado fora do campo estrito das normas positivadas, tanto que a subsunção tornou-se mecanismo insuficiente para se explicar o mecanismo aplicação das normas e princípios aos casos concretos. E assim o é vez que a subsunção da norma ao suporte fático restou restrita àqueles momentos em que uma determinada norma se conforma a determinado fato ou conjunto de fatos. Já a instrumentalização para aplicação dos princípios prescinde, de ordinário, de um fato previsto em determinada norma para ter vingada a normatividade, operando o juiz num campo bem mais amplo do que o daquele das normas positivadas. E não é por outro motivo que podemos falar hoje em *prorrogação constitucional do contrato de trabalho*, valendo-nos principalmente do princípio da dignidade humana.

As normas que se referem a honorários advocatícios na Justiça do Trabalho não se ajustam mais aos casos julgados, eis que não consideram com ato ilícito aqueles elementos descritos no referido art. 186, do Código Civil, que, de ordinário, estão presentes no momento do desate do contrato de trabalho, máxime quando as verbas a que tinha direito o trabalhador não são satisfeitas.

Ora se o princípio da eticidade é aplicado aos contratos em geral, prescinde de maior esforço de interpretação a conclusão de que tem de ser necessariamente aplicado aos contratos de trabalho por serem estes verdadeiros contratos de adesão onde não resta outra solução ao empregado senão a de aderir às condições impostas pelo empregador. Tanto tem influência o poder do empregador no contrato de trabalho que garantiu-se às normas trabalhistas a irrenunciabilidade, como porto quase seguro para se aproximar a *par conditio* no cumprimento do contrato e na sua dissolução.

A argumentação em relação aos honorários advocatícios parece ser uma tese que se contrapõe ao positivismo exacerbado que se revela na separação em direito e moral, ficando-se apenas no elemento eficácia social. Contudo, se esta visão conceitual de direito já não serve mais ao direito civil, por maior razão não serve ao direito do trabalho que tem na raiz dos direitos dos trabalhadores o elemento moral e que da mesma forma resiste em admitir que haja diferença entre lei e direito e que o direito e lei se confundem no plano fático.

Não se pode confundir a atividade legiferante com a colocação do direito e da justiça à disposição do legislador, posto que legislar não é apoderar-se incondicionalmente do direito, mas apenas e tão-somente traçar linhas mestras dos direitos de forma abstrata.

**Nesse sentido concluiu o Tribunal Constitucional Federal alemão:**

*“O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um ‘legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE- Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal) 3, 225 (232). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplica-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3,58 (119); 6,132 (198)).*

*O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo ab initio....*

*A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, §3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidem facticamente, isso não acontece de maneira constante e necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretiza-la é a tarefa da jurisprudência”. (Robert Alexi, conceito e validade do direito. Ed. Martins fontes)*

Nessa mesma linha de raciocínio temos que considerar a tese do Ministro do Supremo Tribunal Federal Aires Brito de que deve haver um necessário desequilíbrio jurídico em favor do trabalhador para compensar o grande desequilíbrio econômico no contrato de trabalho. Por óbvio que este desequilíbrio jurídico não se fará somente com a aplicação das leis trabalhistas com cunho protetivo, mas também e, sobretudo, pelo juiz na sentença ao analisar as questões fáticas que lhe forem levadas à mesa quando então sopesará o desequilíbrio econômico com outras condições, máxime aquela fundamental em considerar que de um lado do contrato tem-se uma pessoa humana e do outro o interesse pelo lucro.

A bem da verdade, se uma das partes do contrato é um ser humano, a outra, em verdade, não é a empresa, mas sim o lucro. O embate que se trava é entre os direitos do trabalhador

e a preservação de sua dignidade humana na prestação do trabalho e na contraprestação do mesmo contra o lucro da empresa.

Se com o passar do tempo a compreensão do direito tornar-se apenas a pré-compreensão – como disse grande jurista alemão-, isso significa que o direito, como elemento cultural está infenso as mudanças sociais, sobretudo aquelas ligadas aos direitos fundamentais. Ora, se é justamente a jurisprudência quem identifica o que Alexi chama de excedente de direito, se esta resiste a acompanhar as mudanças sociais que determinam avanços no direito, por certo acaba por engessar o próprio direito. E isso pode ocorrer por conta da resistência em entender que lei e direito não coincidem necessariamente na questão fática. Ou seja, a lei pode se amoldar perfeitamente ao suporte fático, sem contudo, ser a melhor opção para o caso concreto diante de um *juízo de valoração*.

Assim, assentado em direito de que quem causa prejuízo a outrem deve ressarcir integralmente (*restitutio integrum*) a parte contrária, à luz do que dispõe o parágrafo único do art. 404, do Código Civil, condeno a reclamada a pagar ao reclamante uma indenização de 30%, sobre o valor líquido da condenação, conforme calculada em execução.

## 6. DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA.

Defiro os benefícios da justiça gratuita.

**CONCLUSÃO:** Isto Posto, resolvo julgar **PROCEDENTES em parte** os pedidos na reclamação movida por **DANIELLE DOS SANTOS BARBOSA** contra **CATHO OLINE LTDA, julgando extinto o processo, com a resolução do mérito, nos termos do inciso I, do art. 269, do CPC**, para condenar a reclamada a pagar à reclamante:

1. diferenças de saldo de salário; aviso prévio; 13º salário proporcional; férias proporcionais, acrescidas de 1/3; FGTS, acrescido da multa de 40% sobre as verbas rescisórias; multa de 40% sobre os depósitos fundiários e multas dos arts. 467 e 477 da CLT.
2. salários; 13º salários; férias, acrescidas de 1/3; e FGTS, acrescido da multa de 40%, desde a dispensa até 5 meses após o parto, observados os benefícios auferidos pela categoria profissional no período sejam legais ou convencionais.
3. indenização por dano moral no importe de R\$ 25.000,00, observado o disposto na Súmula 439 do TST.
4. uma indenização de 30%, sobre o valor da condenação, conforme calculada em execução para custear os gastos com advogado, valor que deverá ser pago diretamente à reclamante para pagamento de seu advogado.

Expeçam-se alvarás para saque do FGTS e do seguro desemprego, com o trânsito em julgado da sentença.

Intime-se a reclamada para o pagamento à reclamante do valor de R\$ 12.000,00, deferido a título de adiantamento em tutela antecipada, no prazo de 10 dias da publicação desta sentença, sob pena de execução imediata.

Autorizada a extração de cópias para os fins de constitui-

ção de hipoteca judiciária nos termos do art. 495, §2º, do CPC.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita.

As verbas comprovadamente pagas pela reclamada a igual título das aqui deferidas deverão ser compensadas.

Em cumprimento ao disposto no §3º, do art. 832, da CLT, declaro que são verbas salariais: o 13º salário e a diferença de saldo de salário, sendo as demais verbas de natureza indenizatória.

Juros na forma do art. 883, da CLT, e Súmula 200 do C.TST. Correção monetária conforme disposto na Súmula 381, do C.T.S.T. Os recolhimentos previdenciários e fiscais serão apurados nos termos da Súmula 368, do C.T.S.T.

Observe-se quanto aos recolhimentos fiscais a legislação vigente, dentre elas: Lei 7.713/88; Lei 8.541/92, de 23/12/92, art. 46; Decreto 3000 de 26/03/99 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99); Lei 10.833/03 de 29/12/2003, Dou de 30/12/2003; Súmulas TST 368 e 401; OJ SBDI-1/TST nº 363 e 400 e, por fim, a Instrução Normativa RFB 1127/11, de 07/02/11, DOU 08/02/11.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 1.200,00, calculadas sobre a importância de R\$ 60.000,00, valor arbitrado à condenação. Ciente as partes nos termos da Súmula 197 do TST. Nada mais. Cumpra-se.

**LAERCIO LOPES DA SILVA**

Juiz do Trabalho



