

UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

VÓLIA BOMFIM CASSAR

RIO DE JANEIRO

2010

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Orientador: Arion Sayão Romita

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	7
RESUMO.....	8
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – GLOBALIZAÇÃO.....	15
1. FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO.....	15
1.1. Conceito de Globalização.....	15
1.2. Aspectos da Globalização.....	16
1.2.1. Econômico.....	16
1.2.2. Relações de trabalho.....	20
1.2.3. Política.....	33
1.2.4. Cultura e meios de comunicação.....	33
2. CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE OS ESTADOS NACIONAIS.....	34
2.1. Influência dos organismos financeiros internacionais.....	35
2.2. A globalização e a desnacionalização.....	39
2.3. Crise imobiliária nos EUA.....	40
CAPÍTULO II – FLEXIBILIZAÇÃO.....	42
1. FLEXIBILIZAÇÃO.....	42
2. ESPÉCIES DE FLEXIBILIZAÇÃO.....	53

2.1. Flexibilização de adaptação.....	53
2.2. Flexibilização de proteção.....	54
2.3. Flexibilização por desregulamentação.....	54
2.4. Flexibilização autônoma e heterônoma	54
2.5. Flexibilização condicionada e incondicionada.....	54
2.6. Flexibilização interna e externa.....	55
2.7. Flexibilização jurídica e flexibilização real, ou de fábrica ou Produtiva.....	55

**3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL
COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
TRABALHO.....56**

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS.....67

1. CONCEITO DE PRINCÍPIOS.....67

2. CONCEITO DE PRINCÍPIO DE DIREITO.....67

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS68

3.1. Eficácia dos princípios constitucionais.....70

3.1.1. Visão pós-positivista.....73

3.2. Princípios como espécie de normas constitucionais.....74

3.3. Função dos princípios.....80

4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO..81

4.1. Princípios universais de Direito do Trabalho.....82

4.2. Princípios constitucionais gerais de Direito do Trabalho.....82

4.3. Princípios constitucionais específicos de Direito do Trabalho.....83

4.4. Princípios gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho84

CAPÍTULO IV – PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO..86

1. INTRODUÇÃO.....86

2. ESPÉCIES.....89

2.1. Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao Trabalhador.....	89
2.1.1. Condição favorável.....	93
2.1.2. Habitualidade na concessão do benefício.....	94
2.1.3. Concessão voluntária e incondicional.....	94
2.1.4. Inexistência de impedimento legal.....	96
2.1.5. Exceções ao princípio da prevalência da condição mais favorável ao trabalhador.....	97
2.2. Princípio da norma mais favorável.....	99
2.2.1. Exceções.....	103
2.3. Princípio <i>in dubio, pro misero</i>	104
2.3.1. Requisitos.....	105
2.4. Princípio da primazia da realidade.....	109
2.5. Princípio da integralidade e da irredutibilidade salarial.....	114
2.6. Princípio da continuidade da pessoa jurídica ou da função social da sociedade empresarial.....	116.
2.7. Princípio da inalterabilidade contratual.....	125
2.7.1. Exceções.....	127
2.8. Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade.....	128
2.8.1. Das comissões de conciliação prévia e da súmula 330 do TST.....	137
2.8.1.1. Da Súmula 330 do TST.....	137
2.8.1.2. Das comissões de conciliação prévia.....	139

CAPÍTULO V – REFLEXOS DO AVANÇO DA TECNOLOGIA E DA GLOBALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....149

1. INTRODUÇÃO.....149

2. DIGITADOR.....149

3. OPERADOR DE TELEATENDIMENTO.....	153
4. TELETRABALHADOR.....	154
5. DIREITO À DESCONEXÃO.....	159
6. PRESERVAÇÃO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE...162	
6.1. Email corporativo.....	163
6.2. Controle telefônico.....	166
6.3. Controle por meio de câmeras.....	168
CAPÍTULO VI – CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS.....	173

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART – Artigo

CC – Código Civil

CCP – Comissão de Conciliação Prévia

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

LER – Lesão por esforço repetitivo

LRJF – Lei de Recuperação Judicial e Falência

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

NR – Norma Regulamentar

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

PDV – Programa de demissão Voluntária

PIS – Programa de Integração Social

PROC – Processo

RE – Recurso Extraordinário

REL - Relator

RR – Recurso de Revista

SDI – Seção de Dissídios Individuais

SDC – Seção de dissídios coletivos

T – Turma

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Regional do Trabalho

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apontar o princípio da função social da empresa como fundamento e limite à flexibilidade das normas trabalhistas. A preservação da empresa deve ser a única motivação capaz de autorizar a redução ou supressão, pelas próprias partes, dos direitos legais trabalhistas que, por sua natureza, são indisponíveis. Os conceitos, finalidade, função e eficácia dos princípios constitucionais foram estudados, assim como a possibilidade de colisão entre eles e a forma de solução. Foram selecionadas diversas jurisprudências e opiniões doutrinárias para demonstrar a forte tendência à flexibilização abusiva, isto é, a redução de direitos trabalhistas sem nenhuma justificativa econômica ou jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to point the principle of social function as the foundation of the company and limit the flexibility of labor regulations. The preservation of the company is the only motivation able to authorize the reduction or withdrawal, the parties themselves, legal rights for workers that by their nature, are unavailable. The concepts, purpose, function and effectiveness of the constitutional principles were studied, as well as the possibility of collision between them and the form of solution. We selected several court decisions and doctrinal views to demonstrate the strong tendency to abuse relaxation, ie the reduction of labor rights without any economic or legal justification.

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à souligner le principe de la fonction sociale en tant que fondement de la société et de limiter la flexibilité de la réglementation du travail. La préservation de la société est la seule motivation la possibilité d'autoriser la réduction ou le retrait, les parties elles-mêmes, les droits légaux pour les travailleurs qui, par leur nature, ne sont pas disponibles. Les concepts, la finalité, la fonction et l'efficacité des principes constitutionnels ont été étudiés, ainsi que la possibilité de collision entre eux et la forme de solution. Nous avons sélectionné plusieurs décisions de justice et points de vue doctrinal de démontrer la forte tendance à la détente abus, à savoir la réduction des droits des travailleurs sans aucune justification économique ou juridique.

INTRODUÇÃO

A maior característica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador por meio da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, dos princípios trabalhistas e de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e sociedade. Por isso, é marcado por seu caráter tuitivo e socializante, pois, ao mesmo tempo que defende os direitos individuais do trabalhador, também se preocupa com a classe como um todo, sob uma ótica coletiva. Foi o pioneiro no intervencionismo e dirigismo estatal nas relações contratuais eminentemente privadas, até então relegadas às leis do mercado, individualistas e patrimonialistas, para, por meio de uma farta legislação imperativa, garantir direitos mínimos e fundamentais à pessoa humana.

Sua função não se restringe à proteção dos direitos do trabalhador, pois, também combate o desemprego, luta pela saúde e função social da empresa. Para tanto, em determinados casos, o Direito do Trabalho prioriza a preservação da empresa, tomando medidas que visem atenuar a crise econômica e relativiza os direitos e princípios trabalhistas.

As sucessivas crises econômicas, a globalização da economia, as modernas tecnologias, a robotização, a informática, a necessidade de redução de custos para aumentar a competitividade, são fatores que modificam os meios de produção e de trabalho, e, como consequência, o próprio Direito do Trabalho. Daí a necessidade de adaptação.

O aumento das terceirizações, a criação de novas atividades e profissões, o fortalecimento das normas coletivas como mecanismos eficazes para relativização de direitos trabalhistas, demonstram uma tímida acomodação do Direito do Trabalho às circunstâncias sociais e econômicas que o Brasil enfrenta.

Todavia, para enfrentar a grave crise econômica, para adaptar os trabalhadores aos novos meios de produção; para melhorar a produtividade e a qualidade do serviço, para dar maior competitividade às empresas, é necessário fazer mais. Uma das soluções

possíveis é a de maior adaptação da rígida legislação trabalhista às realidades sociais e econômicas do país.

Daí porque o primeiro Capítulo conceitua globalização e aponta alguns dos seus efeitos na economia, na política interna e externa e no Direito do Trabalho.

O segundo Capítulo conceitua e classifica as espécies de flexibilização de direitos trabalhistas, aduz a sua diferença para a desregulamentação e propõe uma limitação ao abuso do direito de flexibilizar, apontando os princípios constitucionais como patamares limitadores de redução e revogação de direitos trabalhistas. Serve como barreira de contenção, impedindo o retrocesso de direitos duramente conquistados pelos trabalhadores.

Na verdade, flexibilidade das normas trabalhistas ocorre por meio de mecanismos jurídicos, políticos e econômicos de ajuste da lei e de sua interpretação ao novo modelo social. Também depende de procedimentos do Estado, principalmente do legislador, na elaboração de leis que excepcionem a regra geral para micro e pequenas empresas, para situações transitórias, para situações especiais, ou para as empresas que enfrentam grave crise econômica. O Judiciário também tem importante papel nesta adaptação, pois dele depende a interpretação e aplicação do direito, de forma menos protetiva ao trabalhador nas hipóteses de choque dos seus interesses com os da atividade empresarial em situação econômica precária, sempre com a finalidade econômica e social, de adaptação e ponderação dos interesses do trabalhador e os do empresário, para tentar ajustar as condições de trabalho às contingências da sociedade empresarial empregadora.

A flexibilização não se limita à elasticidade da norma e princípios para a necessária adaptação às realidades econômicas e sociais concretas de cada empresa, mas também na mudança da mentalidade excessivamente protetiva.

O terceiro e quarto Capítulos foram destinados aos princípios constitucionais e trabalhistas, respectivamente. Abordam desde seus conceitos, classificações, funções, utilidade até sua importância para o direito e como fator limitador da ação dos infratores dos direitos fundamentais do trabalhador.

No terceiro Capítulo foi destacada a normatividade dos princípios constitucionais, assim como seu caráter valorativo e diretivo e representativo da mudança de paradigma. Valores éticos, sociais e morais foram resgatados com a ascensão dos princípios constitucionais à categoria de norma. O positivismo excessivo foi superado e questionado.

No quarto Capítulo foi relatada a relativização do princípio da proteção ao trabalhador, bem como dos demais princípios trabalhistas pelos tribunais trabalhistas. Foram transcritas diversos acórdãos e Súmulas que os contrariam.

O quinto e último Capítulo aborda novas profissões e métodos de trabalho, bem como direitos criados, ou mais valorizados a partir das novas tecnologias e da globalização da economia mundial. A flexibilidade dos direitos trabalhistas não elimina os direitos destes trabalhadores, não altera o conceito de emprego, nem exclui aquele novo tipo de produção da proteção trabalhista. Pretende-se, ainda, com este capítulo, demonstrar que é possível a adaptação de novas profissões e direitos ao novo modelo econômico, assim como a manutenção da proteção ao trabalhador, mesmo diante de técnicas tão invasivas da privacidade do empregado.

A metodologia do trabalho baseou-se na pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial e no método comparativo, explicativo e crítico. Pretendeu-se destacar a crise econômica mundial e a do país, bem como a globalização como pontos de partida para a problemática, que é a crise do Direito do Trabalho, para, então, apontar o atual esforço do legislativo e Judiciário na tentativa de adaptação da legislação trabalhista ao novo modelo econômico e social, bem como a mudança de perfil dos tipos trabalhadores, dos meios de produção e das novas profissões e, por fim, propor, como medida impeditiva do uso abusivo do direito de flexibilidade a função social da empresa, isto é, apontar como exceção ao princípio da proteção ao trabalhador a necessidade de manutenção da atividade empresarial que se encontra em risco de extinção.

Não se trata de uma pesquisa empírica, mas sim uma tentativa de descrever a literatura existente a respeito dos princípios trabalhistas e suas contradições frente à necessidade de se proteger a empresa e a economia do país, para, a partir daí, sugerir uma flexibilização responsável, pautada em critérios justos que influenciariam não só uma legislação menos rígida para casos especiais, mas também as decisões judiciais.

Os temas relacionados com a flexibilização das relações trabalhistas e a sua limitação pelo princípio constitucional da proteção do trabalhador merecem maior reflexão em todos os sentidos. A análise dos casos concretos e a formação da doutrina e jurisprudência conseqüente darão com o tempo melhor retorno a estas questões. O Direito do Trabalho, por suas peculiaridades, tem mecanismos suficientes para ponderar, no caso concreto, os conflitos que surjam entre a flexibilização e a proteção aos direitos fundamentais do homem que trabalha, buscando materializar a justiça

social. Assim, poder-se-ão garantir melhores relações de trabalho e a manutenção de dos direitos do trabalhador.

CAPÍTULO I

GLOBALIZAÇÃO

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

1.1. Conceito de globalização

A globalização é o processo mundial de integração de sistemas, de culturas, de produção, de economias, do mercado de trabalho, conectando comunidades e interligando o mundo por meio de redes de comunicação e demais instrumentos tecnológicos, quebrando fronteiras e barreiras. Acarreta transformações na ordem econômica e política e econômica mundial, abalando principalmente países de economia mais frágil.

É uma “onda” que traduz uma nova cultura global no quadro das transformações do capitalismo liberal e da economia mundial. É um produto inevitável da alta tecnologia nas áreas da informática e das comunicações. É uma ordem econômica e tecnológica transnacional.

Luiz Gonzaga¹ afirma que este fenômeno tem raízes antigas, sendo apenas um termo novo para prática antiga, como já se fazia e se faz com o Cristianismo, onde o Papa o reafirma pelo mundo para globalizar e unificar a Igreja Católica. Neste sentido, a globalização já existia, mas ganhou força, agressividade e velocidade incomparável nos últimos 20/30 anos.

Charbonneau² observa que “vivemos certamente numa encruzilhada de civilizações. Tudo é questionado, profundos rodamos sacodem nossa época que

¹ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 49.

²CHARBONEAU, Paul-Eugène. Entre o capitalismo e o socialismo: a empresa humana. São Paulo: Livraria Pioneira, 1983, p. 73.

passa pelas mais agudas crises.” Dentro deste sistema empresarial novo, questiona-se o papel de institutos antigos: Estado, soberania, direito.

Alguns pensadores do passado (Karl Marx, Max Weber e Durkheim) afirmaram a interdependência do Direito com o Estado e a Economia. A ciência jurídica depende do modelo de Estado praticado. Este, por sua vez, também é moldado pela economia interna e externa.

1.2. Aspectos da globalização

1.2.1. Econômico

A globalização da economia acarreta a quebra das barreiras entre os países, em que suas fronteiras e limites perdem a importância. Relevante característica da globalização é sua influência na economia mundial e o “supercapitalismo”³.

No sentido econômico, o Dicionário de Ética Econômica⁴ explica os efeitos da globalização:

... são uma rede cada vez mais densa de entrelaçamentos das economias nacionais, uma crescente internacionalização da produção, no sentido de que os diferentes componentes de um produto final possam ser manufaturados em diferentes países, e a criação de mercado mundiais integrados para inúmeros bens e produtos financeiros.

Nos dias atuais, ainda se discute acerca da possibilidade de um “supercapitalismo”, como mencionado por Lênio Streck⁵, gerido e dominado pelas grandes potências que disputam o poder e a riqueza mundial. A competição entre potências sempre marcou a história e destas pode-se tirar lições: 1) A união do capital privado com o poder político serviu como fator decisivo para a origem do sistema capitalista; 2) A consequência desta união foi a “extraterritorialidade” do poder dos territórios que passaram a competir entre si, na busca de mais poder e concentração de

³A globalização também é marcada pela expansão mundial de grandes corporações internacionais, como, por exemplo, o McDonalds que hoje possui 18 mil restaurantes em 91 países e atende cerca de 47 milhões de clientes por dia, segundo informações obtidas no site <http://kdezinho.blogspot.com/2009/09/40-campanhas-publicitarias-do-mcdonalds.html>, acessado em 05.02.2010.

⁴Apud ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 48.

⁵STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000, p. 59.

riqueza; 3) Esta disputa acabou por formar alianças fortes entre príncipes, mercadores e banqueiros; 4) Todavia, a competição entre os “blocos” formados por estas alianças gerou uma estrutura hierarquizada de poder e riqueza, em que de um lado se encontram as grandes potências e de outro a periferia de países retardatários⁶.

Neste particular, vale invocar a lição de Celso R. Duvivier de Albuquerque Mello⁷:

Em um outro sentido, a palavra globalização pode ser entendida como uma decorrência dos interesses planetários de poucos Estados, ou ainda, como uma decorrência do programa de meios de comunicação de massa. Pode-se dizer que é praticamente uma interpretação ecológica das relações internacionais. Se no mundo físico a globalização pode ser um fato, já no mundo dos homens, isto é, político, é um ato que poderíamos dizer de livre-arbítrio. Só se globaliza o que se quer. E mais: a globalização é sempre realizada no interesse de umas poucas grandes potências que, em seu nome, passam a agir em todo o planeta, a fim de salvaguardar os seus interesses. É óbvio que esta afirmação não pretende ser absoluta, vez que existem sempre as eternas exceções, como as crises econômicas em grandes potências⁸.

Apenas aqueles Estados que souberam resistir e aproveitar, ao mesmo tempo destas potências, tiveram sucesso econômico-político. Esse processo de polarização da riqueza se deu com muita velocidade e intensidade aumentando o contraste social.

Alguns Estados abandonaram as barreiras tarifárias para proteger sua produção da concorrência dos produtos estrangeiros e abriram-se ao comércio e ao capital internacional, endividando-se.

Em ritmo jamais percebido, a globalização se apresenta como um processo de aceleração da economia, prestigiando os países capitalistas, em que o produtor compra a matéria prima em qualquer lugar do mundo, buscando melhores preços, qualidade e condições de pagamento. Desta forma, compra ou instala suas fábricas em países cujo custo da mão-de-obra é barata e, a partir daí vende sua mercadoria, em melhores condições de competição⁹, para o mundo inteiro.

⁶STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, cit., p. 60.

⁷MELLO, Celso D. de Albuquerque. Aspectos Jurídico-Políticos da Globalização. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 2, n. 2, dez. 1996.

⁸Em 2009 a economia americana encolheu 2,4%, maior queda desde 1946, como informou o Jornal O Globo de 30/01/2010, Caderno Economia, p. 23.

⁹Reduzir gastos públicos, diminuir salários, suprimir vantagens sociais, desregulamentar e cortar despesas com a assistência social tem sido as medidas utilizadas por alguns países para oferecer vantagens e atrair empreendedores contratantes.

Empresas que necessitam de serviço de processamento de dados, de teleatendimento ou de atendimento à distância, por exemplo, aproveitam-se das excelentes ofertas existentes do outro lado do planeta, como China, Singapura, Egito, Hong Kong, Índia¹⁰, etc.

A busca por salários menores, pela redução de custos¹¹ e ínfima legislação social, conjugada com as facilidades da tecnologia, permitiu a contratação de trabalhadores do outro lado do mundo. Hans-Peter¹² informa que o salário de um suíço equivale ao de três indianos e que muitos indianos são enviados para a Califórnia para baratear o custo da mão-de-obra local. Outra medida que tem sido tomada é o deslocamento de partes do setor, do projeto ou do estabelecimento diretamente para a Índia ou países de baixo custo de mão-de-obra e com fraca ou nenhuma legislação protetiva dos trabalhadores. Hans-Peter¹³ lembra que o governo de Nova Délhi ofereceu para algumas empresas americanas grandes parques industriais urbanizados, infraestrutura, ar condicionado, laboratórios e até conexão via satélite para atraí-las e, com isso, aumentar a empregabilidade, movimentar bens e serviços e aquecer a economia local, o que acabou ocorrendo. Por isso, em pouco tempo Bangalore (Índia) se tornou conhecida e atraiu outras empresas como Compaq, Toshiba, Microsoft e Lotus¹⁴ que, além de outras, têm filiais ou terceirizam, por meio de empresas locais, boa parte de sua mão-de-obra por meio de indianos.

É possível encontrar câmeras de vídeo da Coreia, tênis e roupas de marcas famosas como Nike, Reebok, Adidas e outros fabricados em Hong Kong, China, Taiwan e Cingapura. Bolsas de estilistas italianos feitas na China e até na Tailândia.

Com o rápido aumento dos níveis de desemprego¹⁵ pela importação de mão-de-obra estrangeira (muitos com entrada ilegal), pela contratação de trabalhadores estrangeiros para execução de todo e qualquer trabalho que possa ser executado à

¹⁰A contratação da mão-de-obra indiana contribuiu, e muito, para a expansão da Índia que, além de treinar bem, dar formação acadêmica em suas universidades em língua inglesa e especializar seus trabalhadores, os oferece a um baixo custo e sem ou quase nenhuma proteção trabalhista.

¹¹Hans-Peter noticia que em vez dos 23 a 30 marcos alemães de praxe, os bancários da Alemanha recebem 16 marcos por hora, pouco mais do que se paga para o serviço de limpeza. MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN, Harald. *A Armadilha da Globalização. O assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo: Globo, 1999, p. 140. Acrescenta que mais de 40 marcos por qualquer trabalhador é muito caro, pois os britânicos pagam a metade disso, os checos um décimo. Ob. Cit. p. 15.

¹²MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN, Harald. *A Armadilha da Globalização. O assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo: Globo, 1999, p. 143.

¹³Idem, p. 142.

¹⁴Idem, p. 143.

¹⁵A taxa de desemprego da Espanha pode chegar a 20% em 2010 (em 2009 chegou a 18,8%), admitiu o Secretário de Estado de Economia, José Manuel Campa, conforme *Jornal O Globo*, 30/01/2010, Caderno Economia, p. 23.

distância, facilidade permitida pelas novas tecnologias e pela expansão da telefonia; e pelo deslocamento da produção para o exterior; desempregando a mão-de-obra local, alguns Estados tornaram-se alvo de chantagens¹⁶, extorsões ou necessitaram tomar medidas políticas extremadas. A desregulamentação, a flexibilização, as privatizações, um estado reducionista, ausente ou quase ausente das relações de trabalho são exemplos de instrumentos utilizados pela política Européia, Brasileira e até americana¹⁷.

Este processo de entrelaçamento acarreta, de fato, o aumento da competitividade, a busca incansável por maior tecnologia, eficiência, produtividade, sempre com foco no enriquecimento, no aumento de riqueza, de poder. O capital internacional procura lugar seguro para fazer sua aposta, para ganhar mais capital. Há nítida migração de fluxos monetários ou financeiros para locais que oferecem melhor remuneração do capital. Assim, investidores aproveitam as vantagens dos sistemas bancários e monetários para enriquecerem ainda mais. Estas medidas podem abalar a economia de um país ou ter efeitos devastadores sobre economias menos fortes. Mais de 90%¹⁸ dos fluxos financeiros globais são especulativos. O mercado financeiro mundial funciona 24 horas por dia, ultrapassando os limites de fusos horários por meio da interconexão dos computadores, da *internet*. A descentralização da produção e o aproveitamento de mão-de-obra em países que oferecem custos trabalhistas mais baixos, também produziu lucros maiores e acirrou a competição. A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (Unctad) avaliou que em média 40.000 sociedades empresárias mantêm fábricas em mais de três países para redução de custos. As cem maiores já contabilizam para si receitas anuais de quase 1,4 trilhão de dólares. As multinacionais (ou transnacionais) já dominam 2/3 de todo o comércio mundial. Apenas dez destas maiores corporações, que noticiam faturamento superior a 1 trilhão de dólares, são suficientes para superar o PIB do Brasil.¹⁹

Este processo de globalização da economia pode significar a “expropriação de vastas regiões e de povos inteiros”²⁰, transformando o Estado no guardião da economia, buscando incansavelmente um equilíbrio. Com isso, os governos tornam-se mais

¹⁶Governos aderem pactos leoninos, com juros extorsivos para acesso ao sistema financeiro internacional para terem acesso às reservas disponíveis de capitais. Endividam-se para investimento interno em suas políticas. Em troca, permitem a entrada de empresas estrangeiras, submetem-se à divisão internacional do trabalho, privatizam estatais etc.

¹⁷MARTIN, Hans-Peter, SCHUMANN, Harald. A Armadilha da Globalização. O assalto à democracia e ao bem-estar social. São Paulo: Globo, 1999, p. 154.

¹⁸ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 63.

¹⁹Revista Veja de 07.07.99, p. 136.

²⁰ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 63.

vulneráveis à influência das corporações e instituições financeiras globais, que detêm o poder econômico. Nas palavras de Luiz Gonzaga²¹, trata-se da substituição de uma ideologia de Estado por uma ideologia de Mercado, pois a cada dia discute-se mais o mercado que o Estado. Com isso, as políticas públicas nacionais, as questões sociais, ficam abandonadas e pioram a cada dia.

1.2.2. Relações de trabalho

Outro efeito da globalização é sentido nas relações de trabalho, pois a dinamização do mercado mundial, o avanço tecnológico e científico, a revolução na comunicação, substituição do homem pela máquina automatizada e outros fatores impactam de forma negativa os países de economia mais frágil, abalam seus níveis salariais, exigem mão-de-obra cada vez mais especializada, aumentam o índice de desemprego, conduzindo à desintegração social. Medidas são adotadas sob o manto da incansável busca de custos mais baixos, aumento da produção, melhor qualidade do produto, tudo para incrementar a concorrência.

A decadência do *Welfare State* foi gerada também pelo endividamento externo e interno das nações, alta inflação dos países de terceiro mundo e crise econômica gerada pela alta do preço do petróleo, quebra da bolsa de Nova Iorque e degradação da economia interna.

Como reação nasce a crise filosófica que questiona os fundamentos em que se baseia o modelo do bem-estar social do trabalhador. O excesso de proteção ao trabalhador torna-se alvo de questionamentos.

Convém lembrar que o Direito do Trabalho nasceu do Estado Social, calcado numa sociedade dita industrial. Ocorre que, hoje, o Estado tem fortes tendências neoliberais e a sociedade é pós-industrial.

Como consequência, percebe-se um projeto de rearranjo das relações intersubjetivas que está calcado no fortalecimento da economia interna, o que é de consenso democrático, mas, também, na idéia de um viver comunitário em que todos compartilham lucros e prejuízos. As regras de mercado para regerem relações de trabalho voltam a ser discutidas.

²¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 62.

A partir daí governos neoliberais começaram a surgir e novos teóricos a explorar o tema.

Os maiores defensores do neoliberalismo foram *Milton Friemann* e *Friedrich von Hayek*, ambos da Escola de Chicago, sendo que Hayek foi o criador dos princípios da nova onda liberal: a) Estado mínimo; b) lei de mercado sobrepondo-se à lei do Estado; c) submissão do social ao econômico; d) ataque ao sindicalismo de combate²².

O Brasil aderiu ao neoliberalismo em 1989 quando, endividado, foi buscar empréstimos no FMI e BIRD. A liberação de verbas para o nosso país ficou condicionada a: a) privatizações; b) quedas das barreiras alfandegárias; c) livre circulação de bens, serviços e de trabalhadores; d) facilitação ao capital especulativo internacional; e) desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas.

Enquanto no início do século XX²³ percebeu-se uma constitucionalização dos direitos sociais e fundamentais do trabalhador, explicitada pela Constituição, hoje se constata o gradativo processo de desuniversalização e desconstitucionalização destes mesmos direitos.

Ressalte-se que alguns direitos trabalhistas são espécies do gênero direitos humanos e, como tais, devem ser tratados e incluídos em cláusulas pétreas contidas na Constituição de 1988, isto é, no núcleo imodificável. Sua alteração para prejudicar não pode ser permitida nem por emenda constitucional²⁴.

Todos os argumentos que levam os defensores da corrente neoliberal à defesa da minimização do Estado nas relações do trabalho, à omissão total ou parcial do Estado para defesa e proteção dos direitos do homem, são falaciosos e tentam esconder os verdadeiros fatores do desemprego e da miséria. A questão é estrutural.

A consequência deste processo é sentida pela população mundial, principalmente pelos países mais pobres.

O desemprego é um dos problemas mais sérios da atualidade. Atinge níveis tão alarmantes que a Igreja Católica²⁵ incluiu na sua pauta de discussões “a campanha da

²²DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. DALAGRAVE NETO, José Affonso. Coordenador. Direito do Trabalho contemporâneo. Flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003, p. 9.

²³A Constituição do México de 1917 foi a primeira a elevar a nível constitucional os direitos sociais. Em seguida, em 1919 a Constituição de Weimar.

²⁴O artigo 5º, parágrafo 3º da CRFB determina que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional.

²⁵ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 72.

fraternidade da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil”, evento ocorrido em 1999 com o tema “Sem trabalho... por quê?”

Segundo Luiz Gonzaga²⁶ o resultado do desemprego em massa, em face da significativa redução de pessoas trabalhando no mercado, mesmo que de maneira informal, acarretou “extrema pobreza, formação de uma categoria de indigentes, aumento e extensão do consumo de drogas e da criminalidade, enfim, tudo que conduz à desintegração social.”.

A OIT divulgou um relatório²⁷ no segundo semestre de 1996, estimando que o total de desempregados e subempregados equivalia, naquela época, a um bilhão de pessoas, correspondendo a 30% da força de trabalho mundial. Em 2000, o número de desempregados (só de desempregados) chegou a 800 milhões no mundo²⁸. A média de desemprego na União Européia era de 11,3% e na América Latina cerca de 10%, na qual o Brasil aparecia com o índice de 5,2%. Já em 2006, o país registrou taxa²⁹ de desemprego superior a 8% demonstrando a desintegração social. O Brasil colocava-se em 3º lugar no *ranking* mundial de desemprego.

Outro problema que agrava a crise é a migração de mão-de-obra.

Antônio Celso lembra que³⁰

Considerável número de trabalhadores com formação técnica ou superior procura mercados de trabalho onde ainda existe demanda para certas atividades, como propaganda e *marketing*, enfermagem e odontologia, como acontece com o mercado de trabalho português, para onde profissionais brasileiros dessas áreas têm se transferido, muitas vezes em situação ilegal.

O aumento do fluxo migratório em todo mundo é um fenômeno preocupante. Estima-se que hoje há cerca de 4 milhões³¹ de brasileiros emigrantes ao redor do

²⁶ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 66.

²⁷SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 21ª ed., Vol. 1, 2003, p. 202.

²⁸ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 116.

²⁹Índice divulgado pelo IBGE. Consulta no site <http://www.ibge.gov.br/> em 22/07/06.

³⁰PEREIRA, Antônio Celso Alves. Os direitos do trabalhador imigrante indocumentado à luz da opinião consultiva 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. Publicado na coletânea “O direito internacional contemporâneo. Organizadores: Carmem Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86.

³¹ON LINE, Jornal O Globo. Crise estimula retorno de emigrantes brasileiros e governo estuda criar centros de requalificação em EUA, Japão e Europa. http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/12/06/crise_estimula_retorno_de_emigrantes_brasileiros_governo_estuda_criar centros_de_requalificacao_em_eua_japao_europa-586879859.asp. Acesso em 15/02/2010.

mundo. A maioria busca a sorte em outros países na esperança de encontrar trabalho e melhores condições de vida. Os preferidos são Estados Unidos³², Europa e Japão.

No Japão, por exemplo, havia cerca de 330 mil brasileiros em 2008³³. O crescimento do número de brasileiros no Japão ocorreu após a mudança da lei de imigração (1990), ocasião que foi liberado visto de residente para os descendentes de japoneses, os chamados decasséguis. Todavia, com as demissões³⁴ em massa ocorridas desde outubro 2008, retornaram ao Brasil 50 mil brasileiros. Com isso, a comunidade brasileira no Japão despencou de 330 em 2008 para 270 mil em 2009³⁵.

Decepcionados com as condições de trabalho, os baixos salários, o isolamento natural da comunidade estrangeira local, muitos têm retornado ao país natal. Incentivos³⁶ são criados e praticados pelos países para estimular a saída dos imigrantes de seu território, na tentativa de melhorar as chances dos nacionais no mercado de trabalho.

Outra consequência da dura realidade econômica é o aumento do trabalho informal. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³⁷ afirma que existem atualmente (2010) no mundo, 1,8 bilhão de trabalhadores no setor informal, ou seja, 60% da força de trabalho global trabalham sem vínculo de emprego, enquanto 1,2 bilhão com contrato de trabalho formalizado. Muitas pessoas são obrigadas, para sobreviverem, a aceitarem empregos informais, com baixos salários, sem proteção e de alto risco. O aumento do número de trabalhadores no setor informal poderá ocasionar graves consequências nos países pobres ou em desenvolvimento. Na América Latina, mais da metade dos trabalhadores está no setor informal³⁸. Isto se explica, segundo a OCDE, porque empregos formais acarretam num “pacote de programas, alguns dos quais eles nem querem”. É o que ocorre com o Brasil, em que um trabalhador formalizado, isto é, com carteira assinada, onera o patrão

³² Em 2005 cerca de vinte mil brasileiros foram detidos por imigração ilegal. PEREIRA, Antônio Celso Alves. Obra citada. p. 90

³³ GLOBO, Jornal O. Cerco apertado aos decasséguis. Caderno Economia. 15/02/2010, p. 12.

³⁴ O Japão amarga atualmente (2010) taxa de 5,1% de desemprego. GLOBO, Jornal O. Cerco apertado aos decasséguis. Caderno Economia. 15/02/2010, p. 12.

³⁵ Idem, p. 12.

³⁶ O Japão, por exemplo, paga ao imigrante um auxílio retorno de 300 mil ienes por trabalhador, mais 200 mil por dependente para retornarem ao seu país. GLOBO, Jornal O. Cerco apertado aos decasséguis. Caderno Economia. 15/02/2010, p. 12.

³⁷ ON LINE, Jornal O Globo. Informais serão dois terços da força de trabalho em 2010, diz OCDE. <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/04/08/informais-serao-dois-tercos-da-forca-de-trabalho-em-2020-diz-ocde-755191155.asp>. Acesso em 15/02/2010.

³⁸ ON LINE, Jornal O Globo. Ob.cit.

excessivamente com os impostos incidentes sobre os salários (COFINS, SESC, SENAC, SESI, PIS, INSS, FGTS etc).

Muitos emigrantes vivem de forma clandestina fora de seu país. Preocupado com tal fato e com a política migratória adotada por alguns países, principalmente nos EUA, o governo do México³⁹ solicitou, em 2003, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a manifestação formal da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sobre os direitos trabalhistas⁴⁰ assegurados aos imigrantes que vivem em situação ilegal em outro país e, em paralelo, para que a Corte esclarecesse acerca da obrigação dos EUA de garantir tais direitos. O motivo da consulta foi a decisão exarada em março de 2002 pela Corte Suprema dos Estados Unidos⁴¹, que retirou todos os direitos do trabalhador imigrante ilegal, salvo quanto aos salários pelo efetivo serviço prestado. Para tanto, a Suprema Corte declarou ilegal a prática da *National Labor Relations Board* (NLRB)⁴² que reconhecia os direitos trabalhistas e a indenização do trabalhador imigrante ilegal, já que este órgão federal nunca fez distinção entre trabalhadores norte-americanos, imigrantes ilegais ou legais⁴³ para o gozo dos direitos trabalhistas.

Em resposta (Opinião Consultiva OC-18/03), a CIDH declarou que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais concedidos aos nacionais, em face do princípio da igualdade e da não discriminação (princípios que fazem parte do Direito Internacional Geral e que são essenciais para garantia dos direitos humanos), competindo aos Estados, inclusive os norte-americanos, suprimir medidas e práticas que limitem ou violem direitos fundamentais, pois a norma é imperativa, isto é, a CIDH remete tais princípios ao domínio do *jus cogens*.

Recomenda que os Estados tomem medidas para impedir discriminações e empregadores privados de violarem os direitos de tais trabalhadores e os obriguem a respeitar os padrões mínimos internacionais de proteção aos direitos humanos. Logo,

³⁹De acordo com Antônio Celso, em 2003 cerca de 2.500.000 mexicanos viviam clandestinamente em outros países, principalmente nos EUA. PEREIRA, Antônio Celso Alves. Obra citada. p. 91.

⁴⁰Entre tais direitos estão: horas extras, indenização ou direitos decorrentes do tempo de serviço, salários, licença maternidade etc.

⁴¹PEREIRA, Antônio Celso Alves. Obra citada. p. 91.

⁴²NLRB é a entidade federal competente para dirimir lides decorrentes dos contratos coletivos de trabalho, com poder de obrigar o empregador ao pagamento de indenizações trabalhistas ao trabalhador imigrante ilegal.

⁴³A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares define, em seu art. 128, trabalhador migrante como: “toda pessoa que pretenda realizar, realize, ou haja realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional.”

não pode o empregador, valendo-se da vulnerabilidade do imigrante ilegal⁴⁴, contratar este trabalhador para se beneficiar livrando-se dos direitos trabalhistas que seriam garantidos aos nacionais.

Na verdade, a globalização que é oferecida no campo externo não vem acompanhada de um comportamento liberal, onde impera a liberdade da autonomia da vontade entre os países, ante as barreiras monetárias, alfandegárias e os blocos econômicos que se formam contra os interesses econômicos de países mais fracos. Em contrapartida, a globalização fomenta cada vez mais defensores da corrente neoliberal.

Argumentam os neoliberais que a alta proteção trabalhista e o bem-estar social como praticados pelo Brasil ocasionaram sociedades ocidentais não (ou menos) competitivas em relação às economias industrializadas sem garantias e, por isso, tais direitos devem ser drasticamente reduzidos, diminuindo os gastos, o que possibilita uma melhor competitividade no mercado. “Esse processo leva ao fenômeno da desregulamentação, variante menor de propostas de desconstitucionalização.”⁴⁵ O Direito do Trabalho passa a ser o vilão da história. Passa-se a adotar expressões como “custo trabalhista”, “risco trabalhista”, “passivo trabalhista” como entraves à maior lucratividade.

Apesar das crises, é necessário firmar um projeto nacional, para que os Estados não fiquem à mercê das exigências externas, fazendo triunfar os interesses do povo, mesmo num mundo globalizado. A nossa Constituição estabelece um Estado forte, intervencionista e regulador. A desregulamentação desmedida e a minimização dos direitos enfraquecem o Estado, único agente capaz de, por meio de políticas públicas, erradicar as desigualdades sociais que se avolumam em nosso país.

Ademais, promessas de modernidade só atingem alguns brasileiros. Daí a existência de duas espécies de brasileiros, segundo Streck: “o sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe o sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso.”⁴⁶

Sofre, também, o Direito ante os desdobramentos das problemáticas acima, entrando em crise.

⁴⁴Normalmente o trabalhador imigrante ilegal é mais vulnerável que os nacionais, daí porque aceitam piores condições de trabalho e as condições precárias e, muitas vezes de risco, durante a execução do serviço. Tal fragilidade decorre de vários fatores: medo de represálias do empregador que o ameaça com a possibilidade de denúncia às autoridades para fins de deportação, seja pelo medo da privação de liberdade, ou pelo desconhecimento de seus direitos trabalhistas, pela dificuldade de acesso ao Judiciário ou o pouco ou nenhum domínio da língua e cultura locais.

⁴⁵STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, cit., p.72.

⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, cit., p.72.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind ⁴⁷

Esse verdadeiro *dumping* social preocupa a OIT, que propôs, sem êxito, à novel Organização Mundial do Comércio a introdução de *cláusulas sociais* nos tratados e contratos de comércio, visando a condicionar a execução destes instrumentos à manutenção de sistemas mínimos de proteção social por parte dos países exportadores Segundo advertiu o antigo Diretor Geral da OIT, *Michel Hansenne*, perante a Conferência de 1994, ‘a desigualdade social entre as nações e no seio das mesmas se acentuou devido à diferente capacidade dos países e das categorias de trabalhadores de adaptar-se à evolução das grandes tendências econômicas. Existe o perigo de que numerosos países, que se encontram atualmente entre os menos desenvolvidos, fiquem completamente marginalizados do sistema econômico mundial que se está configurando’.

Como as propostas de inserção de garantias mínimas aos trabalhadores nos tratados internacionais e contratos de comércio foram rejeitadas pela OMC (Conferência de Cingapura de março de 1997), a OIT aprovou apenas uma Declaração sobre princípios de direitos fundamentais do trabalho.

É certo que a nova ordem econômica exige uma revisão da legislação trabalhista brasileira para harmonizar os interesses profissionais e empresariais, flexibilizando algumas regras até então rígidas e inflexíveis. Todavia, não se pode admitir a inteira desregulamentação ou a flexibilização ampla de direitos trabalhistas, sem uma garantia mínima.

Como afirma Süssekind ⁴⁸ “há normas fundamentais que, independentemente das prioridades nacionais, são inseparáveis do esforço da humanidade em favor da justiça social.” Há direitos básicos do trabalhador, hoje previstos constitucionalmente (art. 7º da CRFB), sem os quais não se pode conceber a vida do trabalhador com um mínimo de dignidade.

A partir daí um grande paradoxo se instala: de um lado uma população carente e de outro, uma Constituição que lhe garante direitos básicos, essenciais à uma vida digna. A solução estaria, então, na execução destes direitos, efetivando-se o Estado Social preconizado pela Constituição. No Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método

⁴⁷SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 21ª ed., Vol. 1, 2003, p. 201.

⁴⁸SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 21ª ed., Vol. 1, 2003, p. 201.

assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Entretanto, constata-se que não há interesse político do Estado na efetivação destes direitos. Nem a sociedade brasileira reage⁴⁹ a esta minimização do Estado, pois não dispõe de uma mentalidade cívica e de cultura política democrática para a aplicação de seus direitos constitucionais fundamentais.

Seguindo estas premissas, é fácil concluir que a “onda” neoliberal abala o próprio Estado, pois o torna incapaz de manter o povo com condição mínima de reação, de subsistência, de preservação da uma vida independente e digna. É preciso lembrar que o direito de trabalhar e a proteção contra o desemprego são garantias contempladas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e que a Lei Magna de 1988 também contemplou os princípios da valorização do trabalho humano e da proteção ao trabalhador (arts. 7º e 170 da CRFB).

Luiz Gonzaga⁵⁰ adverte que:

(...) políticas neoliberais globalizantes aumentam a desigualdade social, restringindo ou eliminando direitos trabalhistas. Paralelamente, submetem-se ou flexibilizam as organizações sociais dos trabalhadores e impõe fortes restrições salariais. É uma política de plena liberdade interna e mobilidade mundial de capital e, ao mesmo tempo de plena submissão dos trabalhadores.

Como consequência, percebe-se que as condições de trabalho e as de emprego passaram a ter contornos diferentes: a) maior número de trabalhadores executando seus serviços à distância (teletrabalhadores). São contratados pela *internet* para trabalharem em suas próprias casas, alguns em outro país, sem sequer conhecer o estabelecimento do empregador. O trabalho hoje se dá “além-fronteira”. O motivo da contradição é a necessidade de reduzir custos sociais, procurando-se o país que oferece mão-de-obra mais barata⁵¹; b) impessoalidade⁵² na prestação do trabalho, valorizando-se mais o

⁴⁹ Diferentemente dos brasileiros, os franceses reagiram à tentativa do Governo de modificar (reduzir) os direitos dos trabalhadores jovens para o seu primeiro emprego (março de 2006). Acuado o governo revogou a lei, como noticiou a Revista Veja On Line. http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/conheca_pais/franca/arquivo.html, acesso em 22/03/2010. A mesma reação foi percebida quando a França quis modificar as regras da previdência (abril de 2007).

⁵⁰ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 67.

⁵¹ A Nike (indústrias de produtos esportivos) e a Martel (indústria de brinquedos) não produzem mais por sua conta. Terceirizam a produção, habilitando fornecedores da Indonésia à Polônia, sempre procurando o país que oferece mão-de-obra mais barata. Normalmente pagam salários baixíssimos, inferior a 50 centavos de dólar por hora, sem qualquer encargo social. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise

serviço (o fim) que a pessoa que o exerce (o meio), incentivando a terceirização de mão-de-obra, o que também enfraquece a força sindical, em face da pulverização da categoria em diversos sindicatos; c) preferência pelas máquinas e pelos trabalhadores que sabem manuseá-las, que interagem com a linguagem mecânica dos programas; d) menor tempo de duração do trabalho em decorrência da facilidade de substituição do trabalhador, como se fosse uma máquina. A pessoa do trabalhador passa a ser secundária em relação aos benefícios da máquina; e) exigência de trabalhadores cada vez mais qualificados ou de maior escolaridade, com salários cada vez menores; f) trabalhadores multifuncionais que sabem fazer de tudo um pouco, evitando contratação de outros, passando do modelo fordista para o modelo toyotista⁵³.

Diante deste preocupante cenário brasileiro, percebe-se uma linha político-legislativa no sentido da desregulamentação ou da flexibilização mais ampla dos direitos trabalhistas. Numa destas tentativas, o então Ministro Francisco Dornelles elaborou um projeto de emenda constitucional para reforma da legislação trabalhista, a

de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. DALLEGRAVE NETO, coordenador. Direito do Trabalho contemporâneo. Flexibilização e efetividade, cit., p. 15.

⁵²O *job sharing* é uma das conseqüências da crise econômica. É a divisão do posto de trabalho por mais de uma pessoa, medida que poderia reduzir os efeitos do desemprego e atenuar a pessoalidade do trabalhador em relação ao serviço (jamais a pessoalidade inerente do contrato de trabalho). Sergio Pinto Martins, de forma diversa, defende que o *job sharing* importa na quebra do elemento pessoalidade, inerente do contrato de trabalho. MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das Condições de Trabalho. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

⁵³A Toyota alterou estruturalmente os métodos de trabalho até então adotados pelo chamado sistema Ford (fordismo) introduzindo a produção flexível. Isto ocorreu entre os anos 1950 até 1970 e foi exemplo para várias outras empresas que passaram a adotar o mesmo sistema de trabalho. Na estrutura de trabalho adotada pela Ford e chamada, por isso, de fordista, o trabalho era fragmentado, os trabalhadores construíam em série as peças, de forma quase mecânica, em movimentos repetitivos, sem qualquer alteração na forma de executar o serviço, tudo gerenciado por um superior hierárquico. A produção era maior que a demanda de forma que se fazia estocagem do produto. A empresa era verticalizada, pois controlava todas as etapas da produção, desde a matéria prima até a entrega final e transporte de seus produtos, tudo dentro de um mesmo espaço geográfico. No modelo adotado pela Fábrica de veículos da Toyota, chamada de “toyotismo”, a produção é feita sob medida, de acordo com o pedido feito pelo cliente, de maneira a evitar as sobras e os estoques, economizando com uma produção enxuta. As empresas passam a ser horizontalizadas, pois terceirizam mão-de-obra e subcontratam o maior número de serviços possíveis, no país que for mais barata a mão-de-obra, não mais fazendo a produção do início ao fim num mesmo estabelecimento e país. No toyotismo o trabalhador não tem superior hierárquico e é polivalente, fazendo de tudo um pouco, manuseando várias máquinas e exercendo várias funções, daí a criação da expressão trabalhador “multifuncional”, que, na verdade, quer dizer com treinamento multifuncional, de para executar múltiplas funções, hoje usada na Lei 8.630/93. As tarefas múltiplas são mais rápidas, mais estressantes e não são uniformes, o que demanda maior atenção do trabalhador, habilidade, ocasionando mais fadiga. Enquanto no modelo fordista os trabalhadores gozavam de vantagens concedidas acima da lei, já que a economia naquele momento era propícia para tanto e também porque os sindicatos eram mais fortes, no modelo toyotista as normas coletivas, ao contrário, quando muito garantem pequenos direitos além da lei, ou apenas repetem aqueles já previstos em lei e, em algumas passagens, reduzem direitos legais, flexibilizando o Direito do Trabalho. No modelo toyotista os sindicatos já não mais têm força representativa, pois os trabalhadores estão pulverizados em sindicatos diversos, ante a descentralização da produção, por meio de subcontratação de mão-de-obra e do aproveitamento de mão de obra externa, de países cujo custo trabalhista é menor. Este modelo toyotista está sendo adotado hoje por diversas empresas e se tornou o padrão.

pedido do então Presidente Fernando Henrique (que não chegou a ser apresentado ao Congresso Nacional por não ter conseguido a adesão das centrais sindicais, salvo da Força Sindical) para alteração do artigo 7º da CRFB e retirar ou alterar alguns direitos, como o de férias (para reduzir seu período), FGTS, aviso prévio, autorizar que o negociado prevalecesse sobre o legislado, etc. Depois, outro projeto (Projeto n. 5.483/01) que visava alterar o artigo 618 da CLT, enviado ao Congresso em 3/10/01, para autorizar que as condições de trabalho, ajustadas mediante convenção e acordo coletivo, prevalecessem sobre o disposto em lei. Esta proposta demonstrou a despreocupação estatal com os trabalhadores, pois é sabido que no Brasil a legislação impõe o sistema de sindicatos únicos, monopolistas, a maioria corrupta ou com visíveis fragilidades sobre o poder econômico empresarial o que coloca em risco o pressuposto da igualdade nas negociações.

A Emenda Constitucional 45/04 alterou o artigo 114 da Constituição para, em seu parágrafo segundo amputar ou exterminar o poder normativo⁵⁴ da Justiça do Trabalho.

Em fevereiro de 2005, foi encaminhado um anteprojeto de reforma constitucional e de lei de reforma sindical para alterar os artigos 8º, 11 e 114 da CRFB, sob o argumento de adaptações à realidade e modernização do sistema das relações sindicais, como base da ampla liberdade e autonomia sindical, dando mais liberdade de negociação, criando mais contribuições. A proposta é menos gravosa que a anterior, mas também pode caminhar para máxima do “negociado sobre o legislado”.

Percebe-se que a redução de custos com a mão-de-obra não acarretou, como se esperava, a diminuição dos preços; a descentralização na contratação de trabalhadores (terceirização) não conduziu à melhoria da situação econômica do país, ao contrário, pulverizou os trabalhadores em sociedades empresárias diferentes e em categorias sindicais diversas; a diminuição de alguns direitos trabalhistas não aumentou os níveis de emprego ou possibilitou maior concorrência com o mercado internacional.⁵⁵

⁵⁴Até então a Justiça do Trabalho poderia estabelecer novas condições de trabalho por meio das sentenças normativas proferidas nos autos de um dissídio coletivo de natureza econômica. Este poder delegado à Justiça do Trabalho acirrava a necessidade de o empregador (classe econômica), de negociar, ante o receio de cláusulas paternalistas impostas pelo Judiciário. Com a amputação do poder normativo os trabalhadores não mais podem, por meio de seus respectivos sindicatos, ajuizar o dissídio coletivo unilateralmente. A ação agora depende da concordância da outra parte, equiparando o Judiciário ao árbitro por elas escolhido.

⁵⁵Dos anos 90 para cá percebe-se clara redução dos direitos trabalhistas como criação do contrato para estímulos de novos empregos, que não produziu nenhum efeito prático; revogação da natureza salarial de algumas utilidades; possibilidade de suspensão do contrato de trabalho para curso de especialização do trabalhador; criação do banco de horas para compensação das horas extras em até um ano, provocador de

Na verdade, a liberdade preconizada pela corrente neoliberal leva ao retrocesso de direitos historicamente conquistados pelos trabalhadores e coloca os trabalhadores em estado de desamparo. A população ativa e inativa se sente abandonada, desprezada, reduzida a um plano secundário.

O Ministro Almir Pazzionotto⁵⁶ alertou que “estas reformas podem conduzir a um período anterior ao velho Código Civil, que tratava as partes com absoluta igualdade, desde que capazes, já que poderiam contratar em igualdade de condições...”.

A globalização colocou em crise o Direito do Trabalho que, para manter seu formato anterior, agoniza e sofre. O Direito do Trabalho estaria passando por uma transformação ou por uma deformação?

Luiz Gonzaga⁵⁷ assevera que

A liberalização do Direito do Trabalho, com palavras-chave como *livre negociação*, *banco de horas* e outras, pode levar a um retrocesso em vários direitos que os trabalhadores historicamente conquistaram em nosso país. Evidentemente está em cena um novo paradigma também de emprego, mais flexível, precário e desprovido das garantias e estabilidade vinculadas ao padrão convencional.

Há mais.

No mesmo momento em que os operadores trabalhistas apontam o Direito do Trabalho como grande causador do retrocesso econômico, como ultrapassado, excessivamente protecionista, rígido e distorcido da realidade social, paradoxalmente, o Código Civil vem permeado de um fio condutor de ética, moral, não abuso do direito, de função social do direito, da proteção ao hipossuficiente, ao mais vulnerável da relação contratual, optando por normas socializantes, protetivas, menos privatistas e individualistas, priorizando o bem estar da pessoa humana em detrimento dos interesses econômicos.

Nas palavras de Miguel Reale⁵⁸

grandes lucros e de poucos efeitos para a criação de empregos ou no incentivo para criação de novas empresas; contrato por tempo parcial possibilitando a redução da jornada com a conseqüente redução do salário; criação das comissões de conciliação prévia com possibilidade do trabalhador renunciar seus direitos com efeito de quitação geral do contrato de trabalho; perda do *status* de credor privilegiado na falência, salvo para créditos de até cento e cinquenta salários-mínimos; possibilidade de dedução do salário de empréstimos bancários; aumento das hipóteses de terceirização; etc.

⁵⁶Apud ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 73.

⁵⁷Idem p. 73,

⁵⁸REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil: tramitação do projeto. Revista dos Tribunais, n. 752, jun. 1998, p. 22-30.

Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da "socialidade", fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

Torna-se imprescindível ultrapassar esta crise de duas faces do Direito, superando o obstáculo imposto pelo velho modelo do direito individualista, pronto, com soluções rápidas, assim como deve ser afastado o obstáculo hermenêutico, que limita os operadores do direito a fazer uma interpretação mais ampla dos novos direitos, negando-lhe eficácia, efetividade ou amplitude. O direito do trabalhador a uma garantia mínima não pode ser ponderado nem apontado como o culpado do desemprego enfrentado pelo país, pois a crise é estrutural. O desemprego ocorre em virtude de uma política econômica interna recessiva (juros altos); baixos valores das aposentadorias que acabam incentivando a permanência do aposentado no mercado de trabalho; início precoce do trabalho infantil⁵⁹ - ⁶⁰ para aproveitamento na renda familiar⁶¹; falta de investimento interno em políticas públicas, de modo a incentivar a criação e manutenção de pequenas e médias sociedades empresárias.

Diante deste grave problema, várias propostas para solucioná-lo surgem: redução da jornada de trabalho⁶²; adoção de políticas públicas de geração de emprego;

⁵⁹ O artigo 7º, XXXIII da CRFB proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, limitado a 14.

⁶⁰ A exploração do trabalho de crianças caiu quase pela metade no Brasil em 15 anos, informou o Jornal O Globo *On Line* de 16/12/2009. O trabalho infantil no Brasil caiu de 8,42 milhões para 4,85 milhões. Considerou-se infantil, para fins desta pesquisa crianças entre 5 e 17 anos. O trabalho de crianças entre 10 e 14 anos no país passou de 20,5% em 1992 para 8,5% em 2007, de acordo com o estudo "Perfil do Trabalho Decente no Brasil", da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Considerando crianças entre 5 e 14 anos, a parcela das que trabalham caiu de 12,1% para 4,9%, na mesma base de comparação. Mesmo assim, o percentual ainda é considerado preocupante pela instituição, que alerta para a redução do ritmo de queda nos últimos sete anos. O jornal noticia ainda que:

“A OIT garante que a incidência de trabalho infantil, em geral, resulta em menor renda na idade adulta. Pessoas que começam a trabalhar antes dos 14 anos têm uma probabilidade muito baixa de obter rendimentos superiores a R\$ 1 mil ao longo da vida. A maioria daquelas que entrou no mercado antes dos nove anos tem poucas chances de ganhar mais de R\$ 500 por mês. Em média, quem começou a trabalhar entre 15 e 17 anos não chega aos 30 anos com uma renda muito diferente de quem ingressou com 18 ou 19 anos.”

<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/12/16/trabalho-infantil-caiu-quase-pela-metade-no-brasil-em-15-anos-diz-oit-915236967.asp>, acesso em 15/02/2010.

⁶¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho, cit., p. 19.

⁶² Após 14 anos, em 30/06/2009, foi aprovada a proposta de redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais na Comissão de Constituição e Justiça (PEC 231/95).

incentivo fiscal para pequenas e médias empresas com legislação diferenciada⁶³ e menos rígida; flexibilização de regras trabalhistas para diminuir o custo social de um trabalhador; incentivos fiscais para diminuir a informalidade⁶⁴, etc.

Por outro lado, algumas medidas poderiam melhorar a crise econômica do nosso país como: a) diminuição da pirataria de CDs e softwares que, no Brasil, chega a 56%, segundo a ABES. Em face disto, em 2000 a indústria perdeu U\$1.38 bilhões. Para cada ponto percentual há uma perda de 1200 empregos diretos e indiretos⁶⁵; b) punir e impedir o desvio de verbas do FAT, do programa de seguro desemprego⁶⁶ e de outros programas sociais; c) cobrar e punir entidades pela falta de recolhimento dos encargos sociais. Somente cinco clubes de futebol estão em dia com o recolhimento do INSS⁶⁷, por exemplo; d) diminuição da corrupção nos altos e baixos escalões⁶⁸; e) aprimoramento da fiscalização para aumentar a arrecadação de impostos⁶⁹, evitando a sonegação fiscal e previdenciária; f) diminuição dos encargos sociais do salário⁷⁰, como extinção do Confins, PIS, Sesc, Sesi, e Senai.

⁶³ O artigo 58-A, parágrafo 3º da CLT é um exemplo de tratamento diferenciado para as microempresas.

⁶⁴ Com o propósito de aumentar os índices de formalização do trabalho doméstico, o Governo Federal (Lei 11.324/06) criou incentivo fiscal, possibilitando ao contribuinte o abatimento dos valores devidos à Previdência na qualidade de empregador doméstico. Pelos mesmos motivos, foi acrescido o artigo 4º - A, à Lei 5.889/73, concedeu benefícios fiscais aos produtores rurais formalizassem o contrato de trabalho dos trabalhadores temporários contratados para determinados períodos da safra. Assim também a Lei Complementar 128/08 (lei do pequeno empreendedor).

⁶⁵ Revista Veja de 21.02.01, p. 49.

⁶⁶ Estima-se o desvio de R\$220 milhões do seguro desemprego nos anos de 1999 a 2001. Agência do Estado, 23/03/01, *apud* DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho, cit., p. 28.

⁶⁷ Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 22/03/01. *In* DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho, cit., p. 28.

⁶⁸ Veja-se, a propósito, a denúncia de pagamento de “mensalão” a deputados e senadores para aprovação de leis de interesse do governo. A trágica notícia de que 112 parlamentares (20% do Congresso), além de prefeitos e um ministro, estavam envolvidos diretamente no “esquema dos sanguessugas”. Recebiam suborno para desviar recursos do orçamento federal a prefeituras compradoras dos veículos. Com tal medida, o governo liberou, pela última vez, cerca de 1 milhão de reais para compra das Ambulâncias. *In* Revista Veja, 26.07.06, p. 56-63.

⁶⁹ Os partidos políticos já não escondem mais a existência de caixa 2. Aliás, o Presidente Lula disse que esta prática é comum e pareceu até incentivá-la em discurso feito ao público no ano de 2005.

⁷⁰ O valor do salário mínimo brasileiro é um dos mais baixos e aviltantes do mundo. A pesquisa abaixo bem retrata tal fato:

Se convertermos o salário mínimo para uma moeda referência, como o dólar, o menor seria o de Serra Leoa, na África, que não passa de 60 dólares. Já o maior seria o da Bélgica, que vale cerca de 1040 dólares. O Brasil pode não ser o último do ranking, mas a comparação com outros países não é nada animadora. ‘No país, o piso mínimo tem variado entre 60 e 80 dólares nos últimos anos, o que nos deixa à frente apenas de Serra Leoa. Na América Latina, é o pior valor: todos os outros países pagam pelo menos 100 dólares’, diz o senador Paulo Paim (PT-RS), um especialista no assunto. Os Estados Unidos, apesar de terem a maior economia do mundo, não lideram o ranking do mínimo, pois lá se pagam cerca de 890 dólares, valor inferior ao piso não só da Bélgica, como também de outros países europeus, como Holanda, França e Irlanda.

http://mundoestranho.abril.com.br/cultura/pergunta_286477.shtml, acesso em 26/02/1020.

Na verdade, o país atravessa uma crise moral⁷¹ e ética⁷², em que a corrupção tomou conta de quase todas as faixas da sociedade. Para tentar recuperar os prejuízos da sonegação, dos desvios, da informalidade e dos rombos, sobretaxa-se o empresário, onera-se o contrato de trabalho. E, o trabalhador paga o preço com redução de sua qualidade de vida, de seus direitos arduamente conquistados, assim como a população, com o desemprego.

1.2.3. Política

No plano formal, os Estados continuam a exercer suas soberanias, mas no plano real e substancial muitos deles já não tem mais autonomia para estabelecer a política interna desejada, tornando-se incapazes de executar seus objetivos. Esta crise acarreta a ‘transnacionalização’ da economia que reduz a capacidade decisória do Estado, alterando o significado das palavras soberania, hegemonia e cidadania ou simplesmente as tornando fictícias.

Nota-se uma maior preocupação com o espaço global, externo, que com o espaço local, interno.

1.2.4. Cultura e meios de comunicação

A globalização está interferindo também na cultura, nos costumes e comportamentos. Os meios atuais de comunicação possibilitam informações instantâneas, produzidas e recebidas no mesmo momento do fato e transmitidas ao mundo todo. São mais de quinhentos satélites ativos cobrindo toda a superfície do planeta com sinais de rádio⁷³.

⁷¹ José Roberto Arruda, governador de Brasília, foi preso em fevereiro de 2010, sob a suspeita de distribuir mensalão aos deputados. Logo após, o vice (Paulo Octávio) renunciou por temer um processo de impeachment, sob a acusação de também fazer parte do esquema de corrupção.

⁷²O STF no ano de 2001 declarou que a CEF corrigiu erroneamente os valores existentes nas contas correntes do FGTS de todos os trabalhadores em virtude dos Planos Verão e Collor. O valor da dívida foi estimado em R\$40 bilhões de reais, o que gera a presunção de que este também foi o valor lucrado pelo Governo com tal medida. Em face disto, foi editada a Lei Complementar 110/01 com a ilusória proposta de repor o prejuízo causado. Indecentemente a lei prevê que é de responsabilidade do Governo o pagamento de apenas R\$6 bilhões, repassando ao empresário a responsabilidade pelo restante do valor, com o aumento das alíquotas de recolhimento do FGTS, inclusive para aquelas empresas criadas após 1990. Ressalte-se que a lei ainda prevê que o trabalhador receberá tal direito com um deságio de 15%. Transferir ao empresário uma conta que não é sua é medida contrária a boa-fé e a ética.

⁷³DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho, cit., p. 14.

É possível encontrar um adolescente na Europa que dança e canta a música da Britney Spears exatamente como uma adolescente brasileira. Imagens uniformes são replicadas em milhões de telas ao mesmo tempo. A contaminação global por um padrão não é só na música e filmes, mas também no modo de vida, na maneira de vestir e de se comportar. Com isso, esvazia-se a cultura nacional e regional para uma identidade global. Perde-se a identidade, as tradições, as características pessoais. A indústria da propaganda movimenta milhões de dólares ao ano para seduzir e tentar a todos⁷⁴. O tempo está cada vez menor. O ritmo imposto é frenético. Tudo é instantâneo e ao mesmo tempo descartável. O trabalho cada vez exige mais tempo do trabalhador, que se submete, para não ficar desemprego e para complementar a renda (quando a hora extra é paga). Os jogos eletrônicos, TVs a cabo com mais de 100 canais e entretenimentos isolados proporcionados pelos computadores e máquinas também exigem tempo e retiram o tempo. Não se tem mais tempo para o lazer, para os amigos, para os encontros sociais.

2. CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE OS ESTADOS NACIONAIS

Como resultado do cenário atual decorrente da globalização da economia as instituições estão passando por uma redefinição política, afetando a função do Estado, sua competência, liberdade e capacidade de decisão.

Se parcelas do poder do Estado-Nação são articuladas fora dele, pois dominado pelo controle do FMI, de bancos internacionais ou organismos estrangeiros, etc, correto concluir que haverá um divórcio entre o poder e a política⁷⁵, reduzindo o Estado à política sem poder.

As forças do mercado colaboram para aumentar as diferenças sociais entre os países e diminuir as forças dos Estados menos favorecidos.

A mídia também tem influenciado neste processo. Os meios de comunicação têm tentado criar mitos ou personagens que representem o poder e a moral, na tentativa de atingir à expectativa da população, manipulando ou induzindo a discussão social da população.

⁷⁴A maior prova disto é a moda do McDonald's. Todas as crianças estão interessadas nos brindes e nas guloseimas oferecidas por esta cadeia de lanchonetes. A Microsoft é uma febre que contaminou o mundo, em face do produto final que todos querem ter – programa *Windows*, assim como Iphone, da Apple.

⁷⁵ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado Contemporâneo*, cit., p. 84.

2.1. Influência dos organismos financeiros internacionais

Diante disto, é possível constatar a brutal redução do Direito à Economia. “Em nome de certas urgências de adequação do Estado à *realidade*, prega-se sua implosão.”⁷⁶. A incapacidade de reação dos Estados é cada vez maior, ante a sua dependência econômica.

Com o Estado mercadológico os conceitos de Estado e soberania também são flexibilizados e mudam de acordo com a necessidade. Limita-se a soberania de um Estado quando ele se vê obrigado a cumprir preceitos políticos impostos do exterior com nítida violação da lei nacional, de direitos fundamentais. Perde-se a dependência de um país quando ele se vê subordinado às regras da OMC ou às decisões dos blocos econômicos do qual o Brasil faz parte.

Novos atores sociais aparecem para criar “centros militantes concorrentes de poder que, antes de sujeitarem o Estado, atuam paralelamente a este, diminuindo-lhe a autoridade e a supremacia, e ainda questionando-lhe a soberania”⁷⁷. O interesse destes grupos é o de dispersar o poder e o local de atuação da política. Dentre eles temos os sindicatos e organizações empresariais que patrocinam certas atividades e tomam decisões que se incluem no rol de poderes do Estado. O papel político econômico do sindicato é inquestionável⁷⁸. Há também as organizações não-governamentais – ONGs –

⁷⁶ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 89.

⁷⁷ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 89.

⁷⁸ No projeto de reforma sindical se pretendia conceder legitimação sindical às centrais sindicais para atuarem nos contratos coletivos para estipulação de regras mínimas de trabalho. A negociação coletiva também tomaria novos contornos, com mais força e impacto social nacional.

As centrais sindicais são órgãos classistas, que representam e coordenam classes trabalhadoras, para ajudar no diálogo político-econômico. A partir da Lei 11.648/09, seu reconhecimento foi conferido às entidades com filiação mínima de 100 sindicatos nas 5 regiões do país. Apesar da nomenclatura “centrais sindicais” elas não pertencem ao sistema sindical e, por isso, não podem efetuar acordo coletivo, convenção coletiva, contrato coletivo, homologar rescisão ou negociar coletivamente. Isto se explica porque o sistema confederativo, a unicidade sindical e a sindicalização por categoria foram recepcionados pela Constituição de 1988 e as centrais sindicais não estão organizadas em sistema de monopólio, pois todas representam os trabalhadores (pluralidade), não respeitam o paralelismo sindical e não se organizam por categoria, ao contrário, representam uma classe, a dos trabalhadores. Por isso, não têm legitimidade sindical para atos típicos e não pertencem ao sistema confederativo sindical. Na verdade, o objetivo da Lei no 11.648/08 foi a participação das centrais sindicais na esfera política para orientar os sindicatos e usufruir de parte da contribuição sindical. Isto porque as contribuições sindicais recolhidas são distribuídas da seguinte forma: 60% pertencem ao sindicato; 15% às federações; 5% às confederações; 10% ao Estado (Conta Especial Emprego e Salário) e 10% para a central sindical que for indicada pelo sindicato cuja representação gerou o recolhimento da contribuição. De acordo com o Jornal *O Globo* de 19/08/08, p. 3, as centrais sindicais tinham a receber (ano de 2008) cerca de R\$ 56,9 milhões do imposto sindical obrigatório. A maior beneficiária será a CUT, recebeu cerca de R\$ 20 milhões. Não satisfeito

e missões religiosas, atuando sempre na defesa de interesses sociais ou de minorias. É claro que muitas agem com outros propósitos e se escondem no véu de protetoras sociais, quando, na verdade, pretendem desviar recursos públicos⁷⁹ - ⁸⁰, confiscar nossas riquezas naturais ou explorar as minorias.

A globalização também interfere no Direito Privado, que muitas vezes sofre a influência de interpretações tendenciosas para refletirem o interesse de grandes grupos econômicos. Alguns renomados doutrinadores ou advogados nos Estados Unidos chegam a cobrar US\$ 500,00 por hora trabalhada⁸¹ para darem um parecer favorável a uma corporação influenciando toda a doutrina e a jurisprudência. O mesmo tem acontecido no Brasil⁸².

A globalização da economia também influencia nos orçamentos públicos e no aumento de tributos internos. Tais medidas acabam por prejudicar o próprio país e levam a economia do país à ruína. Tudo é pensado a curto prazo, na procura de um ganho imediato, de um caminho mais breve à melhoria da economia interna, mesmo que em detrimento de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Segundo Luiz Gonzaga⁸³

A conseqüência é a defesa, em nível internacional, do chamado Estado Mínimo, que desde o século XVIII se constitui no núcleo central da doutrina liberal, definindo a própria essência do projeto liberal, direcionando para um tipo ideal no qual o Estado governaria o mínimo possível, restando seu domínio sobre a esfera das relações econômicas reduzido ao estritamente indispensável.

As propostas neoliberalistas são no sentido de criação de um Estado que não interfira no funcionamento do mercado. Entretanto, a concepção de um Estado mínimo acaba acarretando num mercado máximo, isto é, na fragilização das políticas públicas

com o vultoso valor, o Governo enviou para o congresso proposta para aumentar o imposto sindical, que hoje está fixado em um dia de trabalho, para quatro dias de salário, que corresponderá a 13% de um salário (notícia veiculada no Jornal *O Globo* de 22/08/08, p. 14).

⁷⁹Pesquisa da FGV revela que 55% das ONGs se mantêm com recursos públicos. As brechas para ação de instituições inidôneas levaram o governo federal a buscar uma forma de disciplinar a atuação dessas entidades. Informações obtidas no endereço eletrônico: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/guiadeempregos/terceiro/noticias/ge300804.htm#1>, acesso em 26/02/2010.

⁸⁰ O jornal Folha On Line informou que as investigações feitas pela CPI das ONGs apontam desvio de recursos públicos e existência de entidades de fachada. FOLHA ON LINE, O Jornal. Investigações da CPI indicam desvio de dinheiro e ONGS de fachada, diz senador. 10/01/2008. <http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u364915.shtml>, acesso em 26/02/2010.

⁸¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 96.

⁸² No final de 2009, um renomado doutrinador emitiu parecer favorável à Souza Cruz, defendendo o procedimento adotado pela empresa em só promover aos cargos de chefia os fumantes.

⁸³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo, cit., p. 100.

internas e das relações sociais. As condições sociais da população ficam num segundo plano, acessório e secundário à economia externa. Nas palavras de Streck⁸⁴ “quanto mais precisamos de políticas públicas⁸⁵ em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe.”

Com isso, o Estado perde sua legitimidade, pois não atende às demandas e necessidades internas. Daí nasce a tendência ao neoliberalismo. Entrementes, é necessário se questionar se este modelo atende às necessidades e desejos das comunidades nacionais.

Partindo da premissa que no Brasil não houve de fato o Estado Social, pois nunca chegou a ser totalmente efetivado, a busca do Estado Liberal é precoce. O *Welfare State* seria aquele Estado que garantiria direitos mínimos, como trabalho, renda mínima, alimentação⁸⁶, saúde, habitação, educação a todos, independentemente de sua situação social ou da condição de estar ou não empregado, não como forma de caridade e sim como direito de ser protegido pelo Estado. Estudos da OIT⁸⁷ indicam que o trabalho escravo⁸⁸ - ⁸⁹ no Brasil é encontrado, principalmente nas zonas de

⁸⁴STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da crise do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 25.

⁸⁵De forma sucinta, políticas públicas ou políticas sociais significa um conjunto de ações praticadas com o objetivo de orientar decisões em assuntos públicos, políticos ou coletivos, com a finalidade de garantir direitos sociais.

⁸⁶A EC 64/2010 incluiu os alimentos como direito social, alterando o artigo 6º da Constituição.

⁸⁷ON LINE, Jornal O Globo. Trabalho escravo é usado para desmatamento no Brasil, dia OIT. <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/08/21/trabalho-escravo-usado-para-desmatamentos-no-brasil-diz-oit-765252357.asp>, acessado em 15/02/2010.

⁸⁸Um total de 3.571 pessoas de 19 estados foram resgatadas em 2009, como informa o Ministério do Trabalho, em condições análogas à da escravidão. O Rio de Janeiro é o estado com o maior número de trabalhadores nestas condições com 521 (14,5% do total). Em 2008, o estado com maior número de trabalhadores resgatados foi Goiás, com 867. A Região Centro-Oeste também ficou à frente, com 1.681, seguida por Nordeste (1.498), Norte (1002) e Sudeste (536). Em 2009, o Sudeste tomou a dianteira (1.022), seguido por Nordeste (875), Norte (702), Centro-Oeste (658) e Sul (315). Informações retiradas do ON LINE, Jornal O Globo. O Rio é o Estado com mais trabalho escravo. <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/01/25/rio-o-estado-com-mais-trabalho-escravo-915704146.asp>, acesso em 15/02/2010.

⁸⁹O art. 149 do Código Penal considera crime “reduzir alguém à condição análoga a de escravo, quer submetendo-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.” O Brasil adotou a teoria de que trabalho em condição análoga à de escravo ou “formas contemporâneas de trabalho escravo” é gênero do qual o degradante ou o sem liberdade (obrigatório) podem ser espécie.

Convém lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. XXIII, recomenda a liberdade de trabalho, o direito à remuneração e a tratamento digno. Logo, todos os tipos, sinônimos ou não, são ilegais ou abusivos.

Por outro lado, o art. 1º da Convenção n. 29 da OIT dispõe que: “Para fins desta Convenção, a expressão trabalho forçado ou obrigatório, compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”

Portanto, para a OIT, trabalho forçado ou obrigatório pode ser remunerado ou não, mas é sempre compulsório, isto é, não há livre escolha do trabalhador, excluído, é claro, o decorrente de condenação judicial, o serviço militar obrigatório, os serviços comunitários e o trabalho em situação de emergência.

desmatamento da Amazônia e para o trabalho na terra, tanto na pecuária quanto na agricultura. Segundo a OIT, a forma mais utilizada pelo Brasil para submeter seus trabalhadores ao trabalho forçado é por meio da intimidação por dívidas. As vítimas são recrutadas em áreas de extrema pobreza, normalmente no norte ou nordeste do país, pelos chamados “gatos”, que são contratados pelos proprietários rurais para tanto. A região sudeste⁹⁰ foi recordista do trabalho escravo em 2009.

Universalmente se busca a proteção dos direitos humanos, assim entendidos como aqueles princípios “que podem ser aceitos por todas as culturas, não se chocando com o que têm de essencial a cada princípio encontrado em cada comunidade do Planeta.”⁹¹

Nasce assim, o direito de ingerência, que se refere à possibilidade de a ordem internacional intervir, de alguma forma, em assuntos internos, quando os países violarem os direitos humanos ou praticarem atos contrários a estes⁹².

O conceito de soberania está ligado ao princípio da não-interferência externa em assuntos internos de um país. Logo, para proteção dos direitos humanos é necessária a idéia de ingerência, sem, contudo, arranhar a soberania de um país, mas a torna relativa.

Desta forma, a soberania não é mais interpretada em sentido absoluto, mas como dependente da ordem jurídica internacional. Por isso, sugere-se abandonar a palavra soberania pela expressão independência, já que a soberania absoluta conduz à negação do Direito Internacional.

As perspectivas são as seguintes:

- a) aumento da interferência nas políticas públicas e econômicas dos organismos financeiros internacionais;
- b) rápido desenvolvimento de novas tecnologias, de computadores e automação industrial para incremento da produção;
- c) aumento dos índices de desemprego e de subempregos, bem como transformações dos métodos e tipos de trabalho;

Para a OIT o que diferencia o trabalho obrigatório do degradante é que aquele pode ser degradante, mas esse nem sempre é obrigatório, uma vez que pode existir trabalho voluntário degradante.

⁹⁰ De 2008 para 2009, o total de trabalhadores resgatados que trabalhavam em condição forçada, análoga à escrava no país, caiu de 5.016 para 3.571. Segundo o Ministério do Trabalho, as indenizações também caíram de R\$ 9 milhões para R\$ 5,5 milhões. Informações extraídas do ON LINE, Jornal O Globo. Rio é o Estado com mais trabalho escravo. <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/01/25/rio-o-estado-com-mais-trabalho-escravo-915704146.asp>, acesso em 15/02/2010.

⁹¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 107.

⁹² Um bom exemplo foi a criação pela França, Inglaterra, EUA e União Soviética, de um Tribunal Internacional Militar ou Tribunal de Nuremberg, para julgar crimes contra a humanidade.

- d) formação de blocos econômicos para defesa e proteção de direitos de uma comunidade (UE, Mercosul, etc);
- e) necessidade de constante atualização e aperfeiçoamento da mão-de-obra, em face das novas exigências do mercado;
- f) reavaliação da atividade sindical que perde força em períodos de desemprego e com a pulverização das categorias decorrente do grande número de terceirizações praticadas pelos empregadores;
- g) aumento das fontes de informação, por meio do desenvolvimento dos meios de comunicações e telecomunicações;
- h) legislação trabalhista mais liberal, menos rígida em determinados casos e legislação especial para pequenas e médias empresas;
- i) necessidade de se dar novos contornos ao conceito de soberania.

2.2. A globalização e a desnacionalização

Após o governo Fernando Henrique Cardoso o país passa por uma tendência à desnacionalização, cujo principal aspecto reside na privatização e perda de sócios administradores brasileiros nas sociedades empresárias privadas. Tais eventos propiciam a formação de grandes grupos econômicos, alguns compostos de empresários nacionais com submissão, entrada ou associações ao capital estrangeiro, como ocorreu com a compra da Companhia Vale do Rio Doce, pelo grupo Steinbruch, que tomou empréstimo de 1,2 bilhões de dólares do Nacionais Bank⁹³.

No contexto de crise econômica e de grave instabilidade financeira do país, o processo de desnacionalização da economia brasileira é reforçado com a extinção de alguns grupos privados nacionais ou pela quebra (falência) ou pela venda de suas sociedades empresárias ao investidor estrangeiro. Muitas⁹⁴ se envolveram no processo de fusão em que o empresário brasileiro perde a direção da empresa. Algumas leis ou a desregulamentação de algumas normas favoreceram a entrada de capital estrangeiro em outros setores, como no setor de seguros, energia elétrica, telefonia, supermercados etc.

⁹³ GONÇALVES, Reinaldo. Globalização e Desnacionalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 137.

⁹⁴ O grupo Metal Leve (setor de autopeças) foi vendido para o grupo Alemão Mahle em 1996. O grupo Vilares (siderurgia) para a Acesita, perdendo o controle acionário etc.

Projeções⁹⁵ estimam que as operações de fusões e incorporações no Brasil no ano de 2000 superaram US\$18 bilhões com maior participação do capital estrangeiro. Segundo Reinaldo Gonçalves⁹⁶, entre 1995 e 1998 o número de bancos estrangeiros passou de nove, em 1994, para vinte, em 1999, em que onze eram brasileiros e vendidos para estrangeiros. Hoje a concentração do capital muda de mãos, mas sempre entre os estrangeiros⁹⁷.

2.3. Crise imobiliária nos EUA

A falência do sistema imobiliário dos EUA agravou uma crise mundial em efeito cascata, agravando aquela já vivenciada por alguns países.

Explica-se.

Nos Estados Unidos o processo de compra de imóvel é bem mais complexo que no Brasil. De maneira indireta o sistema criado em 1933 de securitização permite que os imóveis sejam adquiridos com dinheiro do mercado de capitais, entrelaçando as economias do mercado com a imobiliária.

Notícias⁹⁸ informavam que:

Funciona assim: as instituições financiadoras – que nem sempre são bancos – captam recursos à base de depósitos, que emprestam a mutuários e construtoras. Em seguida, emitem títulos, lastreados nos créditos que têm a receber, que vendem a fundos de investimento no mercado de capitais. Cotas desses fundos, por sua vez, são vendidas a pessoas físicas e jurídicas. Quando tem algum problema nesse sistema, é uma queda de dominós.

No Brasil, a aquisição de um imóvel ocorre pela alienação fiduciária, pois o mutuário toma um empréstimo junto a um banco e dá o imóvel como garantia. Isto quer dizer que, se não for paga a dívida, o banco retoma o bem e o vende a outro, recuperando o dinheiro emprestado.

Por estar vinculada a diferentes instrumentos financeiros, a crise imobiliária enfrentada pelos Estados Unidos se espalhou pela economia mundial, potencializando

⁹⁵ Informações obtidas no site <http://www.ceae.ibmecmg.br/wp/wp8.pdf> acessado em 27.11.09.

⁹⁶ Ob.cit. p. 138.

⁹⁷ Há pouco o Armo Bank foi incorporado pelo Santander.

⁹⁸ http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL757709-9356,00-TAMANHO+DO+MERCADO+IMOBILIARIO+DOS+EUA+ALIMENTA+A+CRISE+DE+CREDITO.html. Acesso em 29/11/09.

as crises, principalmente em países menos desenvolvidos, pois dependem da economia saudável dos EUA.

Em agosto de 2008⁹⁹ foram contabilizados cerca de 600 mil pedidos de seguro desemprego semanais nos EUA, enquanto em 25 de novembro de 2009¹⁰⁰ caíram para 466 mil pedidos na semana, o que demonstra a rápida reação positiva do mercado americano.

A crise do desemprego foi sentida também no Brasil que registrou¹⁰¹, em dezembro de 2008, 654.946 demissões; em janeiro, 101.748; em fevereiro, 1,22 milhão; e em março, 1,38 milhão. No primeiro semestre de 2009, foram gastos R\$10 bilhões¹⁰² em pagamento de seguro desemprego, o maior valor na última década. Março de 2009 foi apontado como o mês que contou com o maior número de demissões, efeito da crise global iniciada no final de 2008 nos EUA, ocasião que o FGTS teve fluxo negativo: “a arrecadação líquida ficou negativa em R\$ 440,281 milhões, decorrente de receita bruta no valor de R\$ 4,416 bilhões e saques no montante de R\$ 4,856 bilhões no mês passado.”^{103,}

Em janeiro de 2010 o Brasil registrou o primeiro superávit nominal¹⁰⁴, assim como a menor taxa de desemprego desde a crise iniciada em agosto de 2008, como informou o Jornal O Globo¹⁰⁵.

Tais fatos apenas reafirmam a crise econômica e a necessidade de rearranjo das relações de trabalho com a flexibilização de sua legislação de forma responsável e limitada.

⁹⁹ <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1256819-5602,00-PEDIDOS+SEMANAIS+DE+SEGURODESEMPREGO+CAEM+EM+MIL+NOS+EUA.html> Acesso em 29/11/09.

¹⁰⁰ <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1256819-5602,00-PEDIDOS+SEMANAIS+DE+SEGURODESEMPREGO+CAEM+EM+MIL+NOS+EUA.html>. Acesso em 29/11/09.

¹⁰¹ <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/04/29/materia.2009-04-29.9234533717/view> . Acesso em 29/11/09.

¹⁰² <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1241027-10406,00-PEDIDO+DE+SEGURODESEMPREGO+BATE+RECORDE+NO+GOVERNO+LULA.html>. Acesso em 29/11/09.

¹⁰³ http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL1103422-9356,00-DEMISSOES+GERARAM+FLUXO+NEGATIVO+DE+R+MI+NO+FGTS+EM+MARCO.html . Acesso em 29/11/09.

¹⁰⁴ GLOBO, Jornal O. Brasil tem em janeiro 1º superávit nominal desde a crise, de R\$2,2 bi. Caderno Economia, 26/02/2010, p. 26.

¹⁰⁵ GLOBO, Jornal O. Desemprego tem menor taxa de desemprego para janeiro: 7,2%. Caderno Economia, 26/02/2010, p. 32.

CAPÍTULO II

FLEXIBILIZAÇÃO

1. FLEXIBILIZAÇÃO

Os últimos 40 anos foram marcados por grandes modificações que variam desde processos de dominação de umas nações por outras, por migração de recursos, de mão-de-obra e de investimentos econômicos até em modificações nas relações de trabalho¹⁰⁶.

A revolução tecnológica, a globalização da economia e a crise econômica enfrentada por alguns países, acirraram as disputas entre os mercados internacionais, aumentando a competitividade, demandando inovações constantes e revisão da legislação interna, obrigando a redução de custos, na busca de melhores preços e qualidade do produto. Por outro lado, a união entre as telecomunicações e a informática permitiu acelerar o acesso às informações, aumentar os negócios financeiros, que podem até ser simultâneas e quebrar barreiras internacionais para facilitar a compra e venda de qualquer produto, mesmo que oferecido em outro país. Todos esses processos favorecem a integração dos mercados.

Um importante reflexo da crise econômica enfrentada por países menos desenvolvidos foi a necessidade de diminuir os custos com a mão-de-obra e isto significou a redução de benefícios aos trabalhadores, a revisão da legislação trabalhista e dos princípios protetores do trabalhador, a adoção de novas medidas de contratação e novas tendências. O perfil de algumas atividades foi alterado, como, por exemplo, maior contratação de trabalhadores à distância (teletrabalhadores); de motoentregadores¹⁰⁷ ou

¹⁰⁶ Tais aspectos serão estudados no Capítulo V deste trabalho.

¹⁰⁷ A nova profissão foi motivo de regulamentação pela Lei 12.009/09.

mototaxistas¹⁰⁸, de digitadores e teleatendentes¹⁰⁹, etc. Os meios tecnológicos possibilitaram uma maior fiscalização do trabalho¹¹⁰, a invasão na privacidade do trabalhador.

Pastore¹¹¹, referindo-se ao Direito do Trabalho, afirma que o “excesso de legislação no Brasil conspira contra a ampliação do espaço da negociação.” Defende a livre negociação como parte de solução dos problemas econômicos por nós enfrentados.

A flexibilização nasce com uma das possíveis soluções para enfrentamento da crise, facilitando a disputa no processo econômico e, com isso, a competitividade.

Flexibilizar significa criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista, autorizar a adoção de regras especiais para casos diferenciados. Catharino¹¹² afirma que a flexibilização é o antônimo de rigidez e, por isso, flexibilizar é fazer do rígido flexível ou tornar mais flexível o que há. Conceitua como “flexibilização a adaptação de normas jurídicas trabalhistas para atender às alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital.”¹¹³

Entretanto, a redução de direitos trabalhistas deve ser utilizada de forma criteriosa, e, em alguns casos, apenas para a manutenção da saúde da sociedade empresária¹¹⁴ ou empresário e a preservação de direitos absolutos e universais que são: o direito à dignidade humana, os direitos fundamentais do trabalho e a preservação da proteção do trabalhador.

Os defensores da corrente neoliberalista, sob o argumento de que é o excesso de encargos trabalhistas que dificulta a gestão empresarial e o crescimento econômico, têm insistido na tese de que a negociação coletiva deve prevalecer sobre as correspondentes leis, vulnerando a hierarquia das fontes formais de direito e revogando, pela vontade

¹⁰⁸ Algumas destas modificações e características dos novos métodos de trabalho e das novas profissões serão abordadas no Capítulo V deste trabalho.

¹⁰⁹ O crescimento assustador do número de teleatendentes (*call center*) exigiu nova regulamentação, o que foi feito pelo anexo II da NR 17 do MTE.

¹¹⁰ A nextel oferece às empresas a possibilidade de localizar, mesmo com o aparelho desligado, seus empregados.

¹¹¹ PASTORE, José. Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva. São Paulo: LTr, 1995, p. 15.

¹¹² CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e sequelas. São Paulo: LTr, 1997, p. 49.

¹¹³ CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e sequelas, cit., p. 51.

¹¹⁴ Convém ressaltar que nos dias atuais a flexibilização tem sido utilizada pelas empresas como forma de aumento de lucro e diminuição dos direitos dos trabalhadores. Não há a preocupação de limitar as hipóteses de flexibilização àquelas efetivamente previstas na Lei Maior ou apenas em casos de comprovada dificuldade econômica da empresa. Há farta jurisprudência no sentido de que se a Constituição possibilitou o mais (redução de salário por meio de normas coletivas) os convênios coletivos podem o menos, isto é, renunciar, reduzir, suprimir qualquer outro direito, pois de menor importância frente ao salário.

coletiva dos sindicatos, os direitos arduamente conquistados e constitucionalmente garantidos.

Para aumentar o lucro, a utilização da força de trabalho tem se realizado em condições absurdas, denominada por Ianni¹¹⁵ de superexploração, que ele caracteriza da seguinte forma:

Superexploração: salários ínfimos, longas jornadas de trabalho “legitimadas” pelo instituto das horas extras, aceleração do ritmo de trabalho pela emulação do grupo de trabalho e pela manipulação da velocidade das máquinas e equipamentos produtivos, ausência ou escassez de proteção ao trabalhador em ambientes de trabalho, insegurança social.

A “superexploração” acarreta excesso de trabalho e pouco descanso para repor o mínimo de energia. A recuperação física e mental do trabalho e do estresse dele decorrente fica esquecida, e este desconforto é agravado pelos salários cujos valores são cada vez mais insuficientes para uma subsistência mínima. Tais práticas são realizadas em nome e em busca da maior lucratividade.

Na verdade, a flexibilização nas relações de trabalho e principalmente sobre a sua legislação, vem suscitando muitos debates e introduzindo novos conceitos e modelos de trabalho.

Como já analisado no Capítulo anterior, diversos foram os motivos que impulsionaram a defesa da flexibilização, tais como: recuo da economia, aumento do desemprego, busca de maior competitividade, novos métodos de produção em virtude das mudanças tecnológicas, etc.

A partir daí, algumas soluções são apontadas como a precarização dos contratos, seja por meio da terceirização, do excesso de trabalho, dos baixos salários, seja por meio de contratos temporários; e a prevalência contratual sobre a estatutária, enfatizando-se o negociado sobre o legislado. Dentro desta premissa, a desregulamentação ocupa maior espaço.

Enquanto na flexibilização se ameniza os efeitos rígidos da lei, permitindo exceções em casos especiais, na desregulamentação é retirada toda proteção normativa concedida pelo Estado ao trabalhador. A desregulamentação se caracteriza pela total ausência do Estado (da lei) disciplinando as condições mínimas de trabalho. O tema será abordado novamente adiante.

¹¹⁵IANNI, Octavio. A era do globalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 174.

A flexibilização pode ser classificada, segundo Arnaldo Süssekind¹¹⁶ em:

1) flexibilização funcional, que corresponde à capacidade da sociedade empresária ou empresário de adaptar seu pessoal para que assuma novas tarefas ou aplique novos métodos de produção. É a era da multifuncionalidade¹¹⁷, isto é, aproveitamento máximo do mesmo trabalhador para diversas tarefas;

2) flexibilização salarial, que consiste na vinculação dos salários à produtividade e à demanda dos seus produtos. Desta forma, o salário varia de acordo com a produção de cada trabalhador, estimulando a competição e premiando o mais produtivo;

3) flexibilização numérica, que consiste na faculdade de adaptar o fator trabalho à demanda dos produtos da empresa.

Além destas, há outras.

4) flexibilização para manutenção da saúde da pessoa jurídica. Consiste na redução ou supressão de vantagens¹¹⁸ para superação da crise econômica enfrentada pela empresa. A extremada medida deve ser autorizada por meio de norma coletiva. Isto porque as demais flexibilizações visam o aumento da lucratividade sacrificando direitos dos trabalhadores, enquanto a flexibilização necessária é medida de manutenção dos empregos, é remédio paliativo ou de cura, que visa garantir direitos mínimos do trabalhador, como forma de vida digna, em troca da recuperação da sociedade empresária ou do empresário.

Quanto aos agentes, a flexibilização pode ser dividida em três tipos: a) unilateral, quando imposta por autoridade pública ou pelo empregador, como ocorre no Chile, Panamá e Peru; b) negociada com o sindicato (Espanha e Itália); c) mista, isto é, pode ser unilateral ou negociada (Argentina).

¹¹⁶SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 49.

¹¹⁷ O art. 57 da Lei 8.630/93 é expresso nesse sentido.

¹¹⁸ O art. 503 da CLT autorizou a redução dos salários, em caso de força maior e prejuízos devidamente comprovados, em 25%. Por outro lado, o art. 2o da Lei 4.923/65 permitiu a redução do salário, também em 25%, por três meses (prorrogáveis por mais três), desde que reduzida proporcionalmente a jornada, em casos de comprovada dificuldade econômica. Tais regras não foram recebidas pela Constituição, pois contrariam a parte final do inciso VI do artigo 7º da Constituição, que exige que a redução seja autorizada por norma coletiva. Também infringe o princípio constitucional da função social da empresa. A redução proposta (25%) é pequena e, muitas vezes não socorre a economia da empresa.

Aliás, o artigo 58-A, parágrafo 2º da CLT, que trata do contrato por tempo parcial, autoriza a redução dos salários em mais de 50%, desde que haja a correspondente redução da jornada, autorização normativa e individual do empregado. Ressalte-se, ainda, que a Lei no 11.101/05 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência), em seu art. 50, VIII, também admite a redução salarial, compensação de horários e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva.

Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁹ sugere outra classificação: a) quanto à finalidade: será de proteção para preservar a ordem social; de adaptação com acordos derogatórios; e de desproteção quando suprimir direitos; b) quanto ao conteúdo divide-se: flexibilização do modelo jurídico-normativo de relações de trabalho, passando-se de um totalmente legislado para um misto ou aberto; c) quanto às formas de contratação, a flexibilização ocorre pelo uso de contratos por prazos determinados, pela terceirização, pelo contrato por tempo parcial, pelo emprego dividido, empregos flutuantes; d) quando aos direitos do trabalhador a flexibilização recai sobre a compensação de jornada, supressão de horas extras e de sua integração ao salário, redução dos salários por acordo coletivo, desindexação dos salários, remuneração variável, suspensão do contrato e reclassificação dos modelos de dispensa.

Alice Monteiro de Barros¹²⁰ divide a desregulamentação, que para ela é sinônimo de flexibilização, em “normativa” e “de novo tipo”. A primeira (normativa) equivale à flexibilização heterônoma, isto é, imposta unilateralmente pelo Estado. A segunda (“novo tipo”), que para ela é sinônimo de flexibilização autônoma, pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais, com primazia da negociação coletiva.

Süssekind¹²¹ e Alice Monteiro de Barros¹²² defendem que o Brasil adotou a flexibilização negociada ou autônoma, sob o argumento de que a Constituição apenas a autorizou em três hipóteses e sempre com a chancela sindical (art. 7º, VI, XIII, XIV).

De fato, há tendência jurisprudencial neste sentido:

RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO JORNADA FIXADA EM ACORDO COLETIVO. Este Tribunal Superior do Trabalho pacificou seu entendimento no sentido de que, quando há na empresa o sistema de turno ininterrupto de revezamento, é válida a fixação de jornada superior a seis horas mediante a negociação coletiva. Recurso de revista conhecido e provido. TST, 1ª T, RR - 45074/2002-900-09-00, Min. Vieira de Melo Filho, DEJT - 14/08/2009.

RECURSO DE REVISTA. LABOR AOS DOMINGOS E FERIADOS. RESTRIÇÃO. NORMA COLETIVA. A flexibilização do Direito do Trabalho, fundada na autonomia

¹¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. Revista e atualizada. São Paulo, 1999, p. 127.

¹²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 82.

¹²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho, cit., p. 51.

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, cit., p. 82.

coletiva privada, acabou por prestigiar o pactuado entre os empregados e empregadores, por intermédio das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação do disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição da República. Portanto, se as partes decidiram negociar o labor aos domingos e feriados, não se pode ignorar o que foi entabulado, nos termos do entendimento fixado por intermédio de precedentes desta Corte. TST, 8ª T, RR - 83876/2003-900-04-00, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT - 31/07/2009

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. NATUREZA DA PARCELA. ACORDO COLETIVO. VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, em que pese o disposto no art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/00, que veda o pagamento da participação nos lucros e resultados em periodicidade inferior a um semestre, se as partes decidiram pactuar o seu pagamento em duodécimos, não se pode pretender por isso atribuir-lhe natureza salarial, conferindo interpretação elastecida ao instrumento normativo. TST, SDI-I, E-RR - 1709/2004-102-15-00, Min. João Batista Brito Ferreira, DEJT 07/08/2009.

HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. A cláusula convencional que retira do empregado o direito de desfrutar do intervalo para descanso e alimentação é ineficaz em face da norma legal, de ordem pública, que obriga a concessão desse descanso. A Constituição da República de 1988 admite a flexibilização do salário (art. 7º, VI) e da jornada de trabalho (art. 7º, XIV), garantida, por certo, a manifestação da categoria ou grupo profissional, por intermédio de assembléia devidamente convocada para esse fim. As normas que regulam as medidas referentes à medicina e segurança do trabalho escapam, porém, da esfera negocial conferida aos sindicatos. Essas disposições são de ordem pública, revestem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, motivo pelo qual são inderrogáveis pela vontade das partes. Compete ao legislador tutelar o trabalhador, impedindo-o de concordar com a redução desse descanso, em detrimento de sua própria segurança e saúde. A finalidade do intervalo intrajornada é proporcionar ao trabalhador oportunidade de se alimentar, descansar e repor suas energias. Sua manutenção é indispensável, na medida em que o trabalho realizado em jornadas prolongadas contribui para a fadiga física e psíquica, conduzindo à insegurança no ambiente de trabalho. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1 do TST. TRT/MG - Processo n.º 01873.2003.003.03.00.3 – Rel. Designado: Juíza Alice Monteiro de Barros. DJ/MG 26.4.2005.

A tese foge da realidade, pois a flexibilização praticada no Brasil é tanto a heterônoma (por meio da lei) quanto a negociada e não se restringe às hipóteses da Constituição. A supremacia da norma coletiva tem que ser relativizada. Não se pode conceder tantos poderes a um sindicato monopolista, sob pena de se abrir as portas às fraudes.

A OJ 342, II da SDI-I do TST excepcionou a regra da prevalência da norma coletiva sobre o legislado, quando se tratar de supressão de intervalo, salvo em casos especiais:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO.

I – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88) inafanado à negociação coletiva.

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

Maurício Godinho¹²³, em outra posição, divide os direitos trabalhistas em direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade (ou disponibilidade) relativa¹²⁴, na tentativa de restringir a flexibilização ampla. Para o autor, apenas estes poderiam ser flexibilizados, enquanto aqueles não, pois fazem parte de um patamar mínimo civilizatório¹²⁵. Esse é o limite para negociação coletiva, fundamento do princípio da adequação setorial negociada citada pelo autor.

¹²³DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 212.

¹²⁴São direitos de indisponibilidade absoluta todos aqueles previstos na Constituição, princípios e valores constitucionais, leis, decretos, normas de medicina e segurança do trabalho, etc. De disponibilidade relativa são os direitos de caráter privado, isto é, não previstos constitucionalmente, em lei etc, como os estipulados em normas coletivas, regulamento de empresa, contrato de trabalho, etc.

¹²⁵Patamar mínimo civilizatório é a garantia de direitos mínimos à existência digna dos trabalhadores ou mínimo existencial.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS DE INDISPONIBILIDADE RELATIVA. O princípio da adequação setorial negociada, que retrata o alcance da contraposição das normas coletivamente negociadas àquelas de cunho imperativo, emanadas do Estado, viabiliza que as normas autônomas construídas para incidirem no âmbito de certa comunidade econômico-profissional possam prevalecer sobre aquelas de origem heterônoma, desde que transacionem parcelas de indisponibilidade apenas relativa, como, e.g., as concernentes à manutenção da hora noturna em sessenta minutos, vez que não caracteriza alteração em patamar prejudicial à saúde do trabalhador e desde que não traduza simples renúncia, mas transação de direitos. TRT/MG - Processo n.º: 01512.2001.018.03.00.4 – Rel. Designado: Juiz Júlio Bernardo do Carmo. DJ/MG 07.6.2002.

Assim também entende o TST:

INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. Previsão da hora corrida em acordos coletivos. A Constituição Federal de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores a fim de obter outras vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra as normas referentes à segurança e saúde no trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise de comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o trabalhador possa não apenas ingerir alimento, mas também digerir-lo de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõem o sistema digestivo, e possibilitar o maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a Constituição Federal prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXVI da Constituição Federal), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6º da Carta Política). Recurso de Revista não reconhecido. TST, 5ª T, RR 619.959.99.7, Rel. Rider Nogueira de Brito, DJU 14.03.03.

Todavia, ainda há jurisprudência do TST no sentido de aceitar a flexibilização de qualquer direito. Argumentam que se o constituinte autorizou o mais, isto é, se a Constituição autorizou a redução do maior de todos os direitos (salário), mediante convenção ou acordo coletivo, logo, o menos também é permitido. Neste sentido, tudo que não seja o próprio salário base do empregado é menos¹²⁶ e, por isso, o direito pode

¹²⁶A Súmula 364, II do TST comprova esta tendência, pois autorizou a prevalência da norma coletiva sobre a lei, para autorizar a redução do percentual do adicional de periculosidade. Esta medida implica violação às regras de medicina e segurança do trabalho, direito também garantido constitucionalmente –

ser suprimido ou reduzido, mesmo que seja apenas para aumentar a lucratividade da sociedade empresária ou do empresário.

Existe, também, jurisprudência que, embora admita a corrente acima, exige como requisito mínimo para validade do ajuste, concessões recíprocas. É a chamada Teoria da Conglobalização dos Pactos Coletivos.

RECURSO DE REVISÃO. ABONO. REAJUSTE SALARIAL. NORMAS COLETIVAS. PREVALÊNCIA DE ACORDO COLETIVO EM DETRIMENTO DE CONVENÇÃO COLETIVA. Decisões ordinárias rejeitando a pretensão dos reclamantes, empregados aposentados, de perceberem majoração salarial no importe de 5,5% (cinco vírgula cinco por cento) e de abono no valor de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais). Pedidos formulados com apoio na Convenção Coletiva de Trabalho da Fenaban. Circunstância em que foi dada prevalência ao acordo coletivo formalizado em decorrência da privatização do reclamado em detrimento da convenção coletiva aludida, haja vista o princípio do conglobamento. TST, 6ª T, RR - 933/2002-095-15-00, Rel. Min. Horácio Sena Pires, DEJT - 14/08/2009

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISÃO. ACORDO COLETIVO 93/94. PREVALÊNCIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 93/94. De com a teoria do conglobamento e em respeito ao princípio da unicidade da norma coletiva, não se mesclam cláusulas de instrumentos coletivos diferentes, devendo prevalecer o acordo coletivo como norma mais favorável, em sua totalidade, conforme reconhecido pela instância ordinária. Precedentes desta Corte. Violação aos artigos 611, § 2º, e 620 da CLT não configurada. TST, 7ª T, AIRR - 35003/2002-900-01-00, Rel. Min. Caputo Bastos, DEJT - 14/08/2009

INDENIZAÇÃO DO ARTIGO 71, § 4º, DA CLT. CONVENÇÃO COLETIVA. LIMITES. É salutar que os sindicatos assumam a responsabilidade pela representação de classe que lhes foi conferida pela Constituição Federal de 1988 no inciso III do art. 8º. Conquistada a representação irrestrita da categoria, é certo que os sindicatos que representam os trabalhadores devem exercê-la com maior consciência e zelo, em especial ao negociarem os acordos coletivos com o sindicato patronal. Convencionado entre as partes intervalo intrajornada de quinze minutos e comprovado nos autos que o autor usufruía de tal intervalo, não há que se falar na indenização prevista no § 4º, do art. 71, da CLT. TRT/DF - Processo n.º: 00191.2002.011.10.00.9 – Rel. Designado: Juíza Elaine Machado Vasconcelos. DJ/DF 22.11.2002.

art. 7º, XXII da CRFB. Em novembro de 2009, o TST acresceu o inciso II à Orientação Jurisprudencial n. 342, para autorizar a supressão ou redução do intervalo intrajornada para empregados em serviços de transporte rodoviário, desde que autorizado por norma coletiva e não ultrapasse a jornada de 7 horas por dia.

REAJUSTE SALARIAL DIFERENCIADO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO À FUNÇÃO GRATIFICADA INCORPORADA. Decorrem as negociações coletivas de concessões recíprocas, em que observada a autonomia das partes convenientes, sedimentada na Carta Magna, as quais podem abrir mão, inclusive, de uma vantagem, em prol de condições que lhes tragam maiores benefícios. Tal flexibilização, ajustada, patenteia-se, a exemplificar, nas disposições do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal. Há, pois, que prevalecer o Acordo Coletivo do Trabalho, que determina índices de reajuste diferenciados para as diferentes rubricas salariais, estabelecendo que o reajuste de 25% tem pertinência, tão-somente, à tabela de empregos permanentes da Reclamada – EP, não se estendendo à gratificação de função incorporada. TRT/DF - Processo n.º: 00704.2004.011.10.00.3 – Rel. Designado: Juiz Alexandre Nery de Oliveira. DJ/DF 14.01.2005.

Na verdade, a flexibilização só deveria ser aceita para casos excepcionais, isto é, apenas para garantia da saúde da pessoa jurídica. Por isso, só será possível flexibilizar, excepcionar ou tratar especialmente aqueles casos em que a existência ou a boa saúde da empresa está em risco, pois sua extinção, em último caso, prejudicará todos os empregados. Se o empregador, realmente, estiver em sérias dificuldades financeiras e isto restar robustamente comprovado, podem ser aceitas as reduções de vantagens trabalhistas, com o único objetivo de manter todos os empregos existentes (princípio da função social da empresa). Porém, por ser medida de exceção, tal situação será mantida apenas durante o processo de recuperação da saúde da sociedade empresária, não importando quanto tempo isto represente.

A lei tem autorizado, cada vez mais, outras hipóteses de flexibilização além daquelas previstas na Constituição, seja por meio de acordo entre as partes, sem intervenção sindical, como é o caso do acordo de compensação de jornada (art. 7º, XIII da CF c/c Súmula 85, I e II do TST), seja mediante opção do empregado, apenas com a chancela sindical, como ocorre no contrato por tempo parcial – art. 58-A, parágrafo 2º da CLT e a suspensão do contrato para curso – art. 476-A da CLT, seja pela redução ou revogação de benesses, como ocorreu com a natureza salarial de algumas utilidades (art. 458, parágrafo 2º da CLT) ou com redução do FGTS para os aprendizes (art. 15, parágrafo 7º da Lei 8036/90), com a possibilidade de descontos no salário em virtude de empréstimo bancário, etc.

Como já apontado, a desregulamentação do Direito do Trabalho não se confunde com a flexibilização¹²⁷ das regras trabalhistas, apesar de alguns autores não identificarem esta distinção¹²⁸.

A desregulamentação pressupõe a ausência do Estado (Estado mínimo), revogação de direitos impostos pela lei, retirada total da proteção legislativa, permitindo a livre manifestação de vontade, a autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja de forma individual ou coletiva. A flexibilização pressupõe intervenção estatal, mais ou menos intensa, para proteção dos direitos do trabalhador, mesmo que apenas para garantia de direitos básicos. Na flexibilização um núcleo de normas de ordem pública permanece intangível, pois sem estas não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade, sendo fundamental à manutenção do Estado Social.

Este mínimo constitui o patamar mínimo civilizatório referido por Maurício Godinho e o mínimo existencial mencionado por Barroso¹²⁹:

A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico dos princípios vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Alguns países, como a Dinamarca, França e Espanha, têm buscado novas soluções e modelos para soluções mais amenas da crise. Apesar da nomenclatura por eles adotada e do instituto guardar alguns pontos de contato, não se confunde com a flexibilização em estudo ou com a que se pretende aplicar no Brasil. A flexissegurança ou *fexsécurité* ou *flexsecurity* é uma combinação de flexibilidade com a segurança, segundo Pinho

¹²⁷ Neste sentido Sússekind. SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho, cit., p. 51.

¹²⁸ Aparentemente Alice Monteiro defende que a desregulamentação normativa, isto é, imposta unilateralmente pelo Estado, é sinônimo de flexibilização heterônoma.

¹²⁹ BARROSO, Luis. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, outubro de 2002, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>, acesso em 12.12.06.

Pedreira¹³⁰. A nosso ver, a flexissegurança, na verdade, repousa sobre uma relação triangular: mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas; sistemas de indenização generosos proporcionados por um Estado social; política estatal de “ativação” do mercado de trabalho, isto é, o estado oferece cursos de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego.

Na tentativa de conciliar interesses antagônicos entre o Estado, trabalhadores e empresários, este modelo social está avançando na Europa desde 1990, ante a necessidade de redução dos custos da mão-de-obra e o peso do excesso de proteção legal ou coletiva aos trabalhadores, que prejudicou o crescimento econômico de alguns países, garantindo ao trabalhador, em troca, acolhimento social público, tanto no que diz respeito à percepção de um seguro desemprego por longo tempo, como o preparo e profissionalização para nova colocação no mercado. Em 1997, na Espanha, por exemplo um acordo confederal ampliou as hipóteses das causas de dispensa por motivo econômico, reduzindo o custo da despedida e o número de hipóteses de dispensa imotivada. Meses depois, foi garantido aos trabalhadores temporários um salário equivalente àquele praticado na empresa cliente.

Os demais países deveriam se inspirar no modelo dinamarquês, uma vez que não se pode pretender a reforma ou a desregulamentação das leis trabalhistas, sem antes repensar o conjunto do sistema de proteção social público e de política de emprego.

Um mercado flexível, regido pelas leis de mercado, só é possível num país em que as taxas de desemprego sejam pequenas e que adote medidas protetivas para amparar e capacitar o trabalhador desempregado, visando e buscando a sua recolocação no mercado.

2. ESPÉCIES DE FLEXIBILIZAÇÃO

Além da divisão acima apontada a flexibilização também pode ser analisada sob outros aspectos:

2.1. Flexibilização de adaptação

¹³⁰PEDREIRA, Pinho. Um novo modelo social: a flexissegurança. São Paulo: Revista LTr, Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, Vol.69, n. 6, p. 645, junho de 2005.

Este tipo de flexibilização não visa, tão somente, derrogar os benefícios trabalhistas previstos em lei ou na Lei Maior. Pretende mais: fazer adaptações por intermédio da autonomia coletiva.

2.2. Flexibilização de proteção

Preconiza que a norma trabalhista, por proteger direitos mínimos do trabalhador, é rígida e só permite a flexibilização quando, em última análise, favorecer o operário. É utilizada nos casos em que estiver em risco a existência do empreendimento. Apenas nesta hipótese, os interesses do empresário prevalecerão sobre os dos empregados.

2.3. Flexibilização por desregulamentação

Nesse tipo de flexibilização ocorre a derrogação da legislação rígida ou a substituição desta por uma menos vantajosa aos empregados. Leis trabalhistas protetivas são revogadas e, os vazios legislativos dão espaço à negociação entre as partes.

2.4. Flexibilização autônoma e heterônoma

A flexibilização autônoma é a autorizada por meio de instrumentos coletivos particulares, tais como acordos e convenções coletivas. A heterônoma, por sua vez, é derivada de leis ou decretos, com imposição ou autorização unilateral do Estado, podendo inclusive, permitir a derrogação ou substituição de normas, mesmo que unilateralmente, pelo empregador. O Brasil adota os dois modelos, pois cada vez mais cria exceções às regras gerais, derrogando direitos trabalhistas e permite a redução de vantagens por meio de normas coletivas.

2.5. Flexibilização condicionada e incondicionada

A flexibilização condicionada enseja uma renúncia ou perda de direitos com compensação por parte da empresa ou do próprio Estado. Ao fazer a renúncia, o trabalhador tem a garantia de que o Estado cumprirá a condição imposta, mas, se acaso não cumprir, restará ao trabalhador o direito de reaver os direitos previstos nas normas suprimidas. A flexibilização incondicionada é aquela em que os direitos dos trabalhadores são retirados ou abdicados sem que haja qualquer tipo de compensação. Os trabalhadores dispõem de seus direitos na esperança de resistirem no emprego. Este é o modelo adotado pelo Brasil. Normas são revogadas ou modificadas, e direitos suprimidos, sem que nenhuma garantia seja dada aos trabalhadores.

2.6. Flexibilização interna ou externa

A flexibilização interna permite que as cláusulas previamente ajustadas na contratação possam sofrer alteração na constância do contrato de trabalho, mesmo que cause prejuízo ao empregado. A flexibilização externa subdivide-se em flexibilidade de entrada e flexibilidade de saída. Enquanto aquela se verifica no momento de ingresso do trabalhador em algum emprego, ou seja, flexibilizam-se normas na contratação, esta se manifesta por meio do aumento das formas pelas quais se pode demitir o obreiro.

2.7. Flexibilização jurídica e flexibilização real, ou de fábrica, ou produtiva

Entende-se por flexibilização real aquela decorrente da automatização da produção, ou seja, abandona-se o antigo modelo “fordista” de produção, dando lugar ao modelo do *just in time*, segundo o qual não se armazenam produtos em estoque, a produção é dinâmica, feita na medida da encomenda. Como consequência, utiliza-se uma mão-de-obra flexível uma vez que se atende a uma demanda incerta.

A flexibilização jurídica, por sua vez, seria uma espécie de apoio à flexibilização real. É aplicável à mão-de-obra flexível das fábricas, que passa a ser composta por trabalhadores temporários e terceirizados. Nesse novo modelo de produção, ainda permanecem alguns trabalhadores altamente especializados, que têm a função de

coordenar as turmas de trabalho responsáveis pelo manuseio das máquinas. A esses trabalhadores mais qualificados não se impõe, necessariamente a flexibilização real. Para estes ainda continua vigorando o protecionismo.

3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL¹³¹ DA CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

As transformações decorrentes do processo de globalização, informatização e avanços tecnológicos, conjugadas com a crise econômica mundial, exigiram adaptações dos direitos trabalhistas às novas realidades do mercado. Muitas propostas foram lançadas e a principal é a da flexibilização das rígidas regras trabalhistas para melhorar a economia empresarial. A partir daí surge o conflito entre dois importantes valores: a proteção do trabalhador e a da empresa, analisada como meio de criação e manutenção de empregos.

Na verdade, o desemprego é consequência não só da escassez de dinheiro, mas também pela falta de mão-de-obra qualificada e eliminação de postos de trabalho. A intervenção de máquinas no ambiente de trabalho, quando não o substitui, aumentando o desemprego, automatiza o trabalho, modifica os antigos métodos, cria novas profissões e exige esforços para integração do homem à máquina, para redução dos riscos inerente do trabalho e para melhor qualificação.

Diante de todos esses fatores, a flexibilização passa a ser a principal ferramenta para manejo da situação.

De acordo com Sússekind¹³²:

(...) na flexibilização os sistemas legais prevêem fórmulas opcionais de estipulação de condições de trabalho, ampliando o espaço para a contemplação ou suplementação do ordenamento legal, permitindo a adaptação de normas cogentes às peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais e admitindo derrogações de condições

¹³¹ O artigo 7º, caput da CRFB garante os direitos ali mencionados aos trabalhadores, mas faz referências a “outros que visem a sua melhoria de condição social”. Este comando abraça e eleva ao *status* constitucional o princípio da condição mais favorável ao trabalhador.

¹³²SÚSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr. 19ª ed., Vol. 2, 2000, p. 211.

anteriormente ajustadas, para adaptá-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia, possibilitando a intervenção estatal, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.

O Estado garante, por meio da legislação, direitos mínimos aos empregados, o que torna o Direito do Trabalho rígido. Se a flexibilidade de alguns ou todos estes direitos ficarem a mercê dos atores sociais (empregados e empregadores diretamente ou seus respectivos sindicatos), de acordo com as regras do mercado, haverá grande risco de se abalar este mínimo existencial que garante a dignidade humana. Muitos trabalhadores, pressionados pela pobreza, fome, escassez de emprego e de ofertas de trabalho, abrem mão de benefícios, se submetem a condições ínfimas de trabalho, muitas de risco, com salários baixíssimos. Este cenário constitui um retrocesso de garantias conquistadas a duras penas. Logo, é questão prioritária defender o direito ao trabalho digno e em condições justas, já que sua falta deixa a pessoa em estado de apatia, um verdadeiro fantoche nas mãos do poder econômico do empregador.

A sociedade brasileira tem demonstrado conformismo com as alterações legislativas e conseqüentes revogações de direitos do trabalhador, sob o argumento de que a legislação é antiga e inadequada ao momento atual, quando, na verdade, há falta de perspectiva em relação às oportunidades de trabalho, de investimento do Estado nas políticas públicas sociais, de preparo e acolhimento do desempregado, de incentivo às sociedades empresárias de se formarem e expandirem. A flexibilização vem sendo apontada como única solução para redução do desemprego e fortalecimento da economia. Por isso, deveria ser aceita da forma que vier (mais ou menos drástica), sob pena de redução, ainda maior, dos postos de trabalho, aumentando o desemprego, a marginalização. Com isso, o trabalhador perde sua dignidade, sua auto-estima profissional e desacredita no Estado. “Não é um bom sinal do caminho que o mundo vai seguindo quando os homens perdem a confiança no futuro, e cenários de *Götterämmerung* tomam o lugar das utopias¹³³”.

¹³³HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 51.

Percebe-se o conflito¹³⁴ de princípios constitucionais, pois de um lado o comando de proteção ao trabalhador (art. 7º, caput) e de outro o de proteção à preservação da empresa (art. 170).

Por outro lado, princípios e regras fundamentais, garantidoras de direitos sociais estão previstas na Constituição e devem embasar as decisões relativas a conflitos de normas (*lato sensu*¹³⁵), ou seja, quando não houver possibilidade de solucionar o conflito, estes serão solucionados com base nos princípios constitucionais e com base na moderna Teoria da Ponderação de Interesses na Constituição Federal¹³⁶.

Defender a flexibilidade dos direitos trabalhistas sem impor limites, entregar direitos tão importantes e que garantem uma existência digna para que pessoas desiguais os negociem é uma irresponsabilidade. Por isso, só poderá ocorrer quando a lei autorizar, quando não ferir direitos constitucionais ou quando negociada pelos sindicatos, mas, em todos os casos, desde que a medida seja excepcional, respeite à dignidade do trabalhador, que a motivação seja apenas para a manutenção do emprego e saúde do empregador. Portanto, inconstitucional será a cláusula de convenção ou acordo coletivo, ou mesmo o dispositivo legal que não obedeça tais objetivos mínimos, seja porque viola o princípio da proteção ao trabalhador, hoje explícito no caput do artigo 7º da CRFB, seja porque viola valores maiores, como o da dignidade da pessoa humana e o do não abuso do direito.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo¹³⁷, princípio é:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se erradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a

¹³⁴Havendo conflito entre bens e valores constitucionais, deve-se buscar uma harmonização entre estes, impedindo o sacrifício de um bem em benefício de outro. Não sendo possível, deve-se optar pela subordinação e não a exclusão de um bem sobre outro, hierarquizando e ponderando os valores constitucionais. A ponderação de princípios exige o sopesamento de valores e interesses em conflito.

¹³⁵Segundo Ronald Dworkin regras e princípios têm conteúdo normativo. As primeiras diferem dos segundos por serem aplicados ao caso concreto na dimensão “tudo ou nada”, ou seja, havendo conflito entre normas, uma delas deve ser excluída em prol da outra. Já com os princípios, que têm “dimensão de peso”, isto não ocorre, pois deve-se fazer uma ponderação entre princípios conflitantes e ambos serão aplicados ao caso concreto, preservando-se o núcleo de cada princípio e ponderando sua amplitude. Em caminho semelhante seguiu Robert Alexy ao constatar que as regras têm natureza “biunívoca” e os princípios são “mandados de otimização”. *Apud* HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, cit., p. 51.

¹³⁶SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000, p.147.

¹³⁷MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, Ltda, 1999, p. 136.

racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A valorização dos princípios e sua incorporação, implícita e explicitamente, no texto constitucional acarretou no seu reconhecimento pela ordem jurídica e na sua normatividade, pois já abandonada a idéia de que há normas sem eficácia na Constituição. Portanto, superada foi a crença de que os princípios tinham apenas dimensão axiológica, sem eficácia e vinculação.

Por outro lado, verifica-se que a legislação trabalhista já tem sido flexibilizada há tempos, como nos exemplos abaixo:

- a) Possibilidade de redução dos salários por negociação coletiva (Lei 4.923/65);
- b) Criação do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), pela Lei 5.107/66, benefício substitutivo da indenização do tempo de serviço prevista no art. 478 da CLT e que acarretava na renúncia à estabilidade decenal;
- c) Revogação de normas protetivas ao trabalho da mulher, permitindo o trabalho insalubre, perigoso e noturno;
- d) Criação de mais hipóteses de contrato determinado com a alteração ocorrida no artigo 443 da CLT, por meio do Dec.-Lei 229/67, que lhe acrescentou todo parágrafo 2º;
- e) Autorização de terceirização de trabalhadores para contratação temporária, na forma da Lei 6.019/74. A CLT, até então, só previa uma modalidade de terceirização (art. 455 da CLT);
- f) Programa de alimentação do trabalhador afastando a natureza salarial da alimentação *in natura* ou equivalente, fornecida pelo empregador – Lei 6.321/76;
- g) Imposição da terceirização do vigilante, na forma da Lei 7.102/83;
- h) Modificação do conceito de empregado de confiança para fins de exclusão do capítulo “Da Duração do Trabalho”;
- i) Autorização constitucional para redução dos salários por meio de convenção e acordo coletivo – art. 7º, IV da CRFB;

- j) Adoção do regime de trabalho por tempo parcial, isto é, até 25 horas semanais, com a possibilidade expressa na lei de redução do salário durante o contrato de trabalho – art. 58, parágrafo 2º da CLT;
- k) Criação do “banco de horas” que é uma espécie de acordo de compensação de jornada, variável ou fixo, com possibilidade de compensação máxima de um ano - art. 59, parágrafo 2º, da CLT;
- l) Possibilidade de ampliação da jornada de seis horas para os turnos ininterruptos de revezamento quando autorizada por negociação coletiva – art. 7º, XIV da CRFB;
- m) Autorização, mediante acordo entre as partes e desde que notificado o sindicato, da habitação do rural não ter natureza salarial – art. 9º, parágrafo 5º, da Lei 5.889/73;
- n) Criação do contrato provisório para estímulo a novos empregos – Lei 9.601/98;
- o) Ampliação das hipóteses de terceirização pela jurisprudência, com relativização do conceito de subordinação (direta e indireta) – Súmula 331 do TST;
- p) Redução das hipóteses de salário utilidade – art. 458, parágrafo 2º da CLT;
- q) Suspensão do contrato de trabalho para realização de curso – art. 476-A da CLT;
- r) Limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho e proibição de dissídio de natureza econômica unilateral – EC 45/04;
- s) Lei beneficiando microempresas com isenção de controle de ponto, de livro de inspeção, contratação facultativa de aprendizes, descaracterização das horas *in itinere* etc;
- t) Limitação da integração das gorjetas ao salário – Súmula 354 do TST, restringindo a interpretação do artigo 457 da CLT;
- u) Autorização de transação e renúncia de direitos trabalhistas, durante ou após a extinção do contrato, nas Comissões de Conciliação Prévias – art. 625-E da CLT;

- v) Aumento das hipóteses de descontos salariais – Súmula 342 do TST e Lei 10.820/03, que autoriza desconto no salário e nas parcelas da rescisão, mediante adesão voluntária e irrevogável, para fins de empréstimo e financiamento concedidos por instituições financeiras e desde que não ultrapassem 30% da remuneração do empregado;
- w) Inclusão do trabalhador rural no inciso XXIX do artigo 7º da CRFB por meio da EC 28/00, estendendo a prescrição parcial ao rural;
- x) Código Civil capacitando o menor entre 16 e 18 anos empregado que tiver renda suficiente para sua própria subsistência, alterando as regras de representação pelo responsável legal para alguns atos do contrato de trabalho;
- y) Limitação do valor do crédito trabalhista a 150 salários mínimos para fins de crédito privilegiado na falência – art. 83, I da Lei 11.101/05;
- z) Redução do percentual do FGTS para os aprendizes e exclusão das hipóteses previstas nos artigos 479 e 480 da CLT, bem como aumento da idade para 24 anos (Lei 11.180/05);
- aa) Autorização legal para as normas coletivas disciplinarem a natureza do tempo despendido no itinerário casa trabalho, quando o empregador for empresa de pequeno porte – art. 58, parágrafo 3º da CLT;
- bb) Entendimento de que o intervalo intrajornada pode ser suprimido ou reduzido por norma coletiva para empregados em empresas rodoviárias – OJ 342, II do TST;

O bem estar social sentido em alguns países da Europa não foi totalmente implementado no Brasil, seja por falta de vontade política, seja por conta de suas sucessivas crises econômicas ou por ser um país com grande área territorial, com contraste econômico e social, pois há regiões subdesenvolvidas e outras desenvolvidas.

É possível encontrar no país trabalhadores em situações análogas a de escravos¹³⁸, trabalho degradante, trabalho infantil e forçado.

A este propósito, a Folha Online¹³⁹ de São Paulo, de 25/11/09, noticiou que:

Cerca de 530 trabalhadores foram flagrados em condições precárias de segurança e saúde em fazendas de cana-de-açúcar arrendadas pela multinacional francesa LDC (Louis Dreyfus Commodities) em quatro municípios de Minas Gerais. Dez fazendas foram fiscalizadas por uma força-tarefa da Polícia Federal, Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho. Seis foram interditadas, além da usina de açúcar e álcool da companhia em Lagoa da Prata (197 km de Belo Horizonte), uma das 13 empresas instaladas no Brasil.

A Polícia Federal diz já ter recebido relatórios de auditores-fiscais referentes a 286 trabalhadores. A PF afirma ter identificado, na maioria, indícios de exploração de mão de obra em condição análoga a escravidão.

Mesmo nas regiões mais desenvolvidas, como Rio de Janeiro e São Paulo, os direitos dos empregados são desrespeitados. Dados do Ministério do Trabalho¹⁴⁰ noticiam que entre janeiro e setembro de 2009, dos 2.216 trabalhadores encontrados em situação degradante e resgatados, 729 deles (33%) estavam na região mais populosa e rica do país. Com isso, a região Sudeste passa a figurar no topo do ranking de trabalhadores em situação análoga à de escravo resgatados neste ano (2009), a maior parte nas áreas de plantio e corte de cana. “A quantidade de resgates no Sudeste é puxada pelo Rio de Janeiro (361) e Minas Gerais (270). Somente uma operação do grupo móvel de fiscalização no interior fluminense resgatou 280 trabalhadores na cana-de-açúcar.”¹⁴¹

Por outro lado, raros são os sindicatos com espírito sindical e reivindicatório, para defesa dos interesses da categoria profissional, e isentos da influência do poder econômico dos empresários. Os mais atuantes se encontram nas grandes cidades, em que há desenvolvimento econômico e grandes concentrações operárias, sobretudo no setor industrial. Por isso, prestigiar a máxima do negociado sobre o legislado é crer que

¹³⁸ Foi noticiado na imprensa, em 08/09/09, o resgate de 98 trabalhadores no sul de Goiás que não recebiam salários e acumulavam dívidas em troca de comida, numa obra do PAC (Programa de Aceleração Econômica). <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1295841-5598,00-FISCALIZACAO+FLAGRA+TRABALHO+ESCRAVO+EM+OBRA+DO+PAC+DIZ+JORNAL.html>. Acesso em 06/12/09.

¹³⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u657130.shtml>. Acesso em 06/12/09.

¹⁴⁰ http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quadro_divulgacao2009.pdf. Acesso em 11/09/09.

¹⁴¹ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u643728.shtml> Acesso em 06/12/09.

todos os sindicatos brasileiros têm condições e capacidade de negociar, que são fortes e independentes dos interesses e pressões¹⁴² econômicas, o que não é verdade.

O fato de a Constituição ter reconhecido formalmente as convenções e acordos coletivos de trabalho, como expresso no inciso XXVI, do artigo 7º da CRFB, não significa que teve o objetivo de prestigiar ou incentivar a flexibilização. Isto quer dizer que, a Lei Maior não teve a intenção de permitir que a negociação coletiva pudesse sobrepor-se a lei, seja porque esta interpretação fere uma visão sistêmica, seja porque o inciso deve ser interpretado em consonância com o *caput*, e este expressa com clareza o princípio da norma mais favorável, quando dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”. Sendo assim, incabível interpretação que possa prejudicar o trabalhador por frontalmente contrário a norma constitucional.

Há mais.

Entre trinta e quatro incisos disciplinando direitos trabalhistas, o legislador constituinte apontou apenas três incisos autorizando a redução de direitos ou sua flexibilidade, a maioria pela via sindical. Logo, a medida é excepcional e, como tal, deve ser tratada.

Frágil o argumento de que o salário do empregado pesa sobre a economia da sociedade empresária ou empresário. O custo de um trabalhador formal perpassa por outros elementos, como os encargos conexos¹⁴³. Estes sim, é que poderiam ser reduzidos, suprimidos ou flexibilizados, para aliviar a carga tributária sofrida pelo patrão. O trabalhador pouco ou nada aproveita de algumas destas contribuições que compulsoriamente atingem ou sobretaxam o salário, como SESC, SESI, SENAC, por exemplo.

Diferentemente da previsão piramidal formal de Kelsen e dos critérios do direito comum, ao Direito do Trabalho não aplica a norma hierarquicamente “superior”, ou a especial em detrimento da geral, mas sim a mais favorável ao trabalhador ou até mesmo a situação fática mais benéfica ao empregado, salvo disposições estatais, imperativas e

¹⁴²Em 02/04/08 foi noticiado pela imprensa a prisão do presidente do sindicato dos motoristas e cobradores de Campinas, sob o argumento de ter cobrado propina (R\$100.000,00) para “vender” cláusulas normativas à empresa. <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL384721-5605,00-PRESIDENTE+DE+SINDICATO+ACUSADO+DE+COBRAR+PROPINA+E+LIBERADO.html>. Acesso em 06/12/09.

¹⁴³É bom lembrar que quase metade do salário é destinada a pagamento do INSS, Sesc, Senac, Sesi, Senai, Sebrae, Incra e salário-educação. Ora, para que tantas contribuições para tais órgãos, salvo a previdência, se não têm relação direta com o contrato de trabalho?

de ordem pública em contrário¹⁴⁴. Assim, a pirâmide normativa da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas se afasta do modelo clássico e tradicional para assegurar ao trabalhador, no ápice, a melhor condição e direito, sob um critério dinâmico que varia a cada caso, afastando-se do direito civil em que as normas são estáticas em suas hierarquias. É o chamado Princípio da Hierarquia Dinâmica das Normas¹⁴⁵. Em consequência, toda vez que houver conflito entre normas autônomas, isto é, as confeccionadas pelas próprias partes ou seus sindicatos, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador¹⁴⁶. Da mesma forma, um conflito entre as normas previstas na Constituição e aquelas previstas no contrato individual de trabalho, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador, pouco importando sua hierarquia formal.

Os artigos 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecem direitos irrenunciáveis e preservadores da dignidade humana¹⁴⁷ e, por isso, forma um núcleo mínimo que deve ser garantido a toda pessoa empregada. Em uma sociedade desigual e injusta como a do nosso país, todo esforço é necessário para criar e fortalecer os instrumentos que permitam a garantia de direitos e proteção dos menos abastados.

O que não se deseja em uma sociedade civilizada é que haja maiores desrespeitos à dignidade humana e, particularmente, na sociedade brasileira, em que a desigualdade é flagrante, que não se viabilizem meios para conquista da igualdade substancial.

A flexibilidade de normas trabalhistas de forma responsável, utilizada como medida excepcional para a manutenção ou recuperação da saúde da sociedade empresária ou empresário, é a resposta que mais harmoniza com os postulados constitucionais de valoração da dignidade da pessoa humana e como proteção ao princípio fundamental ao trabalho. A medida também ajuda a evitar uma crise social mais grave e o aumento do desemprego. Exagerada a tese de total liberdade, de ausência do Estado, como pretende a corrente neoliberal. O Estado deve se manter presente nesta relação particular, para evitar abusos, impor limites e direitos mínimos a serem respeitados (estado social de direito).

¹⁴⁴Em conflito com esta tese as OJs 123, 154, 159, 163, 169, 224, 258, 308, 322, 325, 339 e 342, II da SDI-I do TST, que autorizam a redução de benesses anteriormente concedidas ao trabalhador.

¹⁴⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 105.

¹⁴⁶Neste caso, o intérprete deve optar por uma das teorias para o conflito: do conglobamento, atomista ou intermediária. Há posicionamentos, baseados na nova vertente sobre flexibilização, que o acordo coletivo sempre prevalecerá, mesmo sobre a sentença normativa, pois mais adequado ao caso concreto daquela empresa, por ser regra especial.

¹⁴⁷SAAD, Eduardo Gabriel, CLT Comentada, 37ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 24.

Diante da força do poder econômico e dos abusos que têm sido cometidos em busca da maior lucratividade e competitividade é imprescindível que a flexibilização só seja permitida quando respeitar os direitos fundamentais do trabalhador, praticada de forma ética e de acordo com a justiça social, sempre inspirada na ordem democrática. Desta forma, o não abuso do direito aparece como barreira de contenção aos atos que violem a garantia de um mínimo, sempre analisada sob a ótica constitucional, sob a interpretação conforme e os princípios da proteção ao trabalhador. Ademais, o direito deve servir ao homem e não o homem ao direito.

De acordo com o artigo 187 do Código Civil de 2002: “Art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O ato abusivo é reprovável porque ultrapassa os limites do razoável, da moral, dos bons costumes, da boa-fé objetiva, do bem comum, da ética, do comportamento que se espera do homem comum, viola valores inerentes a um direito ou uma prerrogativa individual, contraria a função social do direito. O direito não pode ser utilizado como mecanismo de vingança, de humilhação, de arma para violar outro direito. O ato abusivo infringe deveres morais de justiça, de equidade e de humanidade, que se encontram num patamar superior ao plano da legalidade. O abuso do direito corresponde ao exercício de um direito ou prerrogativa individual, de maneira exagerada, além dos limites axiológico-normativos.

Gustavo Tepedino¹⁴⁸ acrescenta que:

(...) A intenção do legislador foi a de abarcar as diferentes concepções de abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício das posições jurídicas, seja por meio do princípio da boa fé objetiva, da noção de bons costumes ou da função socioeconômica dos direitos.

Em resumo: a flexibilização é um direito garantido ao empregador, com amparo constitucional, mas que não pode, nem deve ser utilizado de forma irresponsável e gananciosa para, suprimindo ou reduzindo direitos legais, constitucionais e fundamentais do trabalhador, aumentar ou manter seus lucros do empreendimento. Nenhum direito é absoluto. A norma ordem determina a submissão dos direitos ao fim social, à ética, à moral, à valoração do trabalho.

¹⁴⁸TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bondin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição. Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 554.

Conclui-se, pois, que a flexibilização só deve ser utilizada como medida excepcional e como mais um remédio a ser ministrado para tentar manter ou recuperar a saúde econômica da sociedade empresária ou do empresário. O não abuso do direito, a transparência nas negociações coletivas¹⁴⁹, a preservação da saúde do empresário, aparecem neste cenário como barreira de contenção da flexibilidade abusiva, que visa restringir ou suprimir direitos trabalhistas. A dignidade do trabalhador depende disto.

¹⁴⁹ Aliás, a proposta de reforma sindical, encaminhada ao Presidente da República em fevereiro de 2005 pelo então Ministro de Estado do Trabalho e do Emprego, Ricardo José Ribeiro Berzoini, expressamente garante aos trabalhadores, durante a negociação coletiva, o direito à informação e pugna pelo princípio da boa-fé:

Art. 99. A conduta de boa-fé constitui princípio da negociação coletiva.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se boa-fé o dever de:

I - participar da negociação coletiva quando regularmente requerida, salvo justificativa razoável;

II - formular e responder a propostas e contrapropostas que visem a promover o diálogo entre os atores coletivos;

III - prestar informações, definidas de comum acordo, no prazo e com o detalhamento necessário à negociação;

IV - preservar o sigilo das informações recebidas com esse caráter;

V - obter autorização da assembléia para propor negociação coletiva, celebrar contrato coletivo de trabalho e provocar a atuação da Justiça do Trabalho, de árbitro ou de órgão arbitral para a solução do conflito coletivo de interesses.

§ 2º A violação ao dever de boa-fé equipara-se à conduta anti-sindical.

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO

De acordo com o Dicionário Houaiss¹⁵⁰ princípio corresponde a: “... o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão, ... ditame moral; regra, lei, preceito ...”.

2. CONCEITO DE PRINCÍPIO DE DIREITO

O princípio é uma postura mental que leva o intérprete a se posicionar desta ou daquela maneira, é uma orientação, uma diretriz. É critério de ordenação que inspira todo o sistema jurídico e não se dirige só ao juiz, aos intérpretes, aos legisladores e aos demais operadores do direito, mas também aos agentes sociais a que se destinam. Não se aplicam apenas para formação de novas normas jurídicas, mas também de orientação para a interpretação e aplicação das normas já existentes. Servem de alicerces da engenharia do Direito, sustentando o sistema ou preenchendo-o. Designam a estruturação de um sistema jurídico por meio de uma idéia mestre que ilumina e irradia as demais normas e pensamentos acerca da matéria.

Miguel Reale¹⁵¹ ensina que

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciados normativos de valor genérico, que condicionam e orientam a

¹⁵⁰Dicionário Houaiss em DVD.

¹⁵¹REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 304-305

compreensão do ordenamento jurídico, que passa a sua aplicação e integração, quer para elaboração de novas normas.

(...)

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios da isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos, etc.

Para Arnaldo Süssekind¹⁵²:

(...) são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos, do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como ao intérprete, ao aplicar as normas ou sanar as omissões (grifos nossos).

Por fim, importante mencionar a definição de Américo Plá Rodríguez¹⁵³:

(...) linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos. (grifos nossos).

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No final do século XIX, o jusnaturalismo¹⁵⁴ é superado e o excessivo positivismo¹⁵⁵ acirrado na busca da criação de uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A necessidade de se dar ênfase à realidade observável e não à especulação filosófica e a busca de objetividade científica acabaram por afastar o direito da moral. É neste cenário que se recebia o conceito e a finalidade dos princípios jurídicos. Por não se constituírem em regra, aqui entendida como aquela que prevê a hipótese e a consequência, os princípios estavam relegados ao segundo plano e, não tinham força normativa. Logo, não ocupavam muito espaço no positivismo.

A decadência do positivismo, além da influência filosófica e jurídica, foi associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, pois os movimentos políticos

¹⁵²SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. 21ª. ed. São Paulo: LTR, 2003, p.142.

¹⁵³PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Cit., p. 36.

¹⁵⁴Jusnaturalismo significa direito natural, que é o que se baseia na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de norma emanada do Estado. É inerente ao homem.

¹⁵⁵Positivismo é a vinculação do direito à lei vigente.

e as barbáries praticadas se deram dentro de um quadro de legalidade¹⁵⁶. O ponto final para a mudança de mentalidade se deu com o fim da Segunda Guerra Mundial. Retoma-se a necessidade de garantias de valores éticos, de direitos humanos além dos previstos em lei. Nesta esteira de raciocínio, a lei era vista como estrutura formal aplicável a qualquer um sem valores morais e éticos, como embalagens que servem a todos os produtos.

A função social do direito, a ética, a moral, os valores humanos passam a ser a preocupação de uma nova fase do direito, o pós-positivismo¹⁵⁷ e a ordenar uma nova hermenêutica constitucional.

Por isso, os diversos conceitos de princípios acima apresentados pecam, porque formulados num momento histórico do direito positivo. Por isso, sua definição se prende a uma condição acessória, pois a visão positivista era apegada às regras de direito, ao texto legal, em que para toda hipótese há sempre um comando e uma consequência prevista e em que é proibido aos julgadores se afastar da lei¹⁵⁸. Pelo antigo prisma, os princípios constitucionais são apenas fontes de inspiração, de dedução, encaminhamento, integração e interpretação da lei ou do legislador.

Toda trajetória sucintamente narrada acima, conduziu os princípios ao *status* de norma e passaram a pertencer ao centro do sistema jurídico. As regras continuam tendo suma importância em nosso ordenamento, seja porque conferem paz social seja porque estabelecem normas de conduta, ordenando a sociedade. Todavia, os princípios constitucionais permitem ao direito solucionar um número maior de casos e independem de processo legislativo de atualização constante, já que são mais abertos, plásticos, adaptáveis e com maior carga valorativa que as regras e, por isso, não devem ficar no plano de fonte secundária. Apesar do seu reconhecido papel, a doutrina majoritária e os Tribunais Trabalhistas pouco ou quase nada reconhecem acerca da eficácia normativa dos princípios constitucionais.

As regras têm estrutura objetiva, fechada, com incidência restrita a algumas situações específicas às quais se dirigem, enquanto os princípios são abertos, plásticos, maleáveis, aplicáveis a uma gama de situações, pois com maior teor de abstração.

¹⁵⁶ Muitos dos acusados no Tribunal Internacional de Nuremberg alegaram, em suas defesas, que estavam cumprindo a lei e a ordem de autoridades estatais.

¹⁵⁷ Pós-positivismo é um movimento iniciado após o positivo em busca de novos ideais e na relativização do positivismo, dando espaço a valores e princípios inerentes ao homem e a sua dignidade.

¹⁵⁸ Para tanto, basta lembrar que o juiz se move dentro do direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere, isto é, tem liberdade para mover-se, porém não pode ultrapassar dos limites da lei.

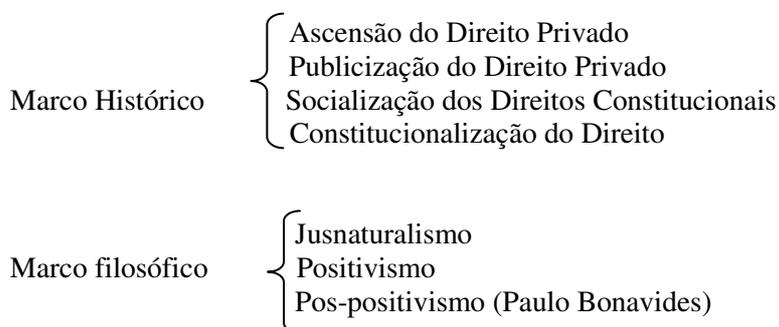
Por tais motivos, a doutrina¹⁵⁹ pós-positivista diferencia os princípios constitucionais dos princípios jurídicos, já que estes apenas orientam, iluminam, ajudam na interpretação e no caminho a ser tomado tanto pelo aplicador (intérprete) quanto pelo legislador, aquele tem forma normativa, obriga, incide sobre os agentes sociais obrigando-os a um comportamento. Os princípios são espécies de norma jurídica. Estas se dividem em: princípios, regras, valores e postulados.

O direito e a justiça vão além do positivismo e, por isso, os princípios devem ser recebidos no sistema também como norma.

A partir daí, os princípios deixam de ser formulações filosóficas e passam a fazer parte do núcleo normativo do direito. Os princípios constitucionais com maior status que os demais, pois com maior valor axiológico e fundamental. Além disso, posicionados no ápice da hierarquia das normas. Se antes os princípios serviam à lei, dela eram dependentes e, por isso, apenas utilizados como fonte subsidiária ou secundária, hoje são elevados à esfera de fundamento e eleitos para encabeçarem o sistema constitucional e do direito. Sua função é de grande relevância e deve pautar comportamentos e decisões.

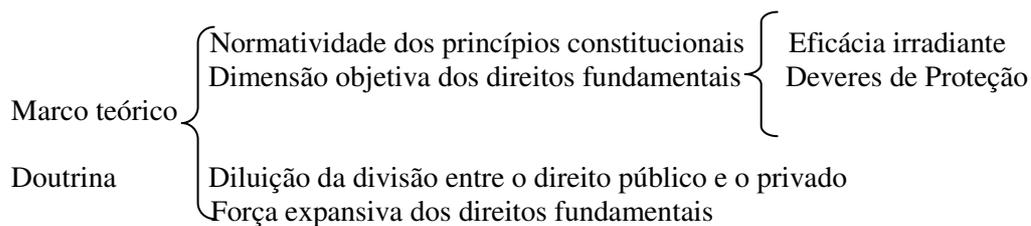
3.1. Eficácia dos princípios constitucionais

Fábio Gomes¹⁶⁰ resume a evolução do Direito Constitucional e sugere o quadro abaixo:



¹⁵⁹No Brasil Paulo Bonavides retratou com fidelidade todos os autores estrangeiros que defendiam a normatividade dos princípios e demonstrou a tendência brasileira se curvando para tanto – Dos princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais.

¹⁶⁰GOMES, Fábio Rodrigues. Eficácia Horizontal dos Princípios Constitucionais. Palestra proferida no Metta Cursos Jurídicos em de 15/02/07 às 9h.



Quatro fases marcam a evolução do direito constitucional, como resumidas abaixo:

A criação de um Estado moderno com poderes independentes foi uma das consequências da Revolução Francesa, movimento que eliminou a idéia de um Estado absoluto, com poderes ilimitados sobre todos e tudo. Para defender seus direitos do próprio Estado, obrigando-o a abster-se de determinados atos, são criados os Direitos Fundamentais, as garantias e liberdades dos particulares. Para tanto, o Estado deveria ser contido de intervir em determinadas relações privadas, respeitar e reconhecer certos direitos.

A “liberdade de contratar e a defesa da propriedade” passam a ser os valores fundamentais do liberalismo conquistado e acaba por influenciar o Código Civil da época. Como o trabalhador e seu serviço eram tratados como mercadoria e, diante da liberdade a todos assegurada no ato de contratar, abusos do poder econômico submeteram a pessoa do trabalhador a condições desumanas, expressadas pelas péssimas condições de trabalho, jornadas excessivas e contraprestação ínfima pelo trabalho prestado. O Direito do Trabalho surge para compensar esta inferioridade jurídica do trabalhador garantindo-lhe direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida. A partir daí o Estado passa a dirigir esta relação contratual privada, quando é abandonado o fenômeno da “abstração” a que era submetida a relação de emprego, pois o indivíduo era separado da atividade por ele exercida, isto é, a partir daí o trabalhador passou a ser protegido, acolhido pelo Estado.

Este momento marca a segunda fase, que é o da publicização do direito. Isto é, aquele direito até então privado e individualista, cuja relação contratual era lançada às leis do mercado com ampla liberdade, passa a ser regulado por lei, dirigido pelo Estado, agora preocupado com os direitos e a pessoa do trabalhador.

Alguns países elevam à categoria constitucional os direitos trabalhistas, como o México (1917) e a Alemanha (1919). Desta forma, os direitos sociais passam a ser

incluídos no corpo da Constituição, marcando a terceira fase. Apesar deste esforço, algumas normas sociais constitucionais eram interpretadas como normas não auto-aplicáveis, portanto, serviam apenas de válvulas de escape, sem eficácia, sem efeito prático.

A Segunda Guerra Mundial, o nazismo, o fascismo e outros atos contrários aos direitos humanos modificaram profundamente a forma de pensar o direito constitucional até então existente, mesmo aqueles aparentemente amparados na ordem jurídica vigente na época e, em nome desta, barbáries eram perpetradas¹⁶¹. A partir daí percebeu-se que a lei não era suficiente para reger comportamentos, para delimitar direitos e proteger a dignidade da pessoa humana. A mudança de paradigma era necessária, já que por meio desses vazios axiológicos, éticos e de critérios de justiça, os infratores de direitos humanos se beneficiaram, pois permaneciam impunes, uma vez que a lei autorizava ou não previa punição. A valorização dos princípios, impregnados de carga axiológica, foi a solução. A proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana passa a prioridade do direito.

A importância do assunto começa com o uma decisão prolatada em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como explicado abaixo:

o chamado “Caso Lutz”. Eric Lutz, presidente do Colégio de Cineasta, contrapôs-se publicamente ao filme “Amantes Imortais”, produzido por outro cineasta alemão, sob o argumento de que o produtor participara ativamente do movimento nazista. Lutz enviou carta aberta aos jornais conclamando a todos contra o cineasta nazista. O ofendido, por meio de sua produtora, reagiu e impetrou ação com base no parágrafo 826 do Código Civil Alemão, para impedir Lutz de continuar o “boicote”. O parágrafo referido proibia a prática de atos contrários aos bons costumes. A produtora ganhou a causa nas duas primeiras instâncias. Lutz, então, ajuizou queixa no Tribunal Federal Alemão, alegando o seu direito fundamental de liberdade de expressão, previsto Constituição. A decisão da mais alta Corte Alemã foi histórica e marcou o início de uma nova era no direito, pois, pela primeira apontava o equívoco de se interpretar a lei ignorando os direitos fundamentais previstos na Constituição, determinando que a interpretação da lei deve-se dar conforme à Constituição. Declarou, ainda, que o sistema de direitos fundamentais representa ordem objetiva de valores e como tal influencia o direito infraconstitucional e vincula todas as funções e órgãos estatais¹⁶².

¹⁶¹Em agosto de 1945 foi assinado acordo que criou o Tribunal de Nuremberg, ajustado por grandes potências (ingleses, americanos, franceses e soviéticos) para julgamento (*ex post facto*) de crimes contra a humanidade. Os réus foram acusados não só de terem exterminados milhões de pessoas, mas também por terem planejado e espalhado a guerra na Europa.

¹⁶²CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 161.

A constitucionalização do direito nasce a partir deste momento, marcando a quarta e última fase.

3.1.1. Visão pós-positivista¹⁶³

Como já retratado, o direito constitucional não pode mais ser estudado sem o viés filosófico e a historicidade dos direitos fundamentais, em face da modificação de seu conteúdo e formato. Da mesma forma, a Constituição não pode ser mais vista como mera Carta Política, com normas sem eficácia ou de pouca aplicabilidade, mas sim como norma de comportamento, que impõe padrões éticos, sociais e equânimes. Todos os seus comandos têm eficácia¹⁶⁴ e regulam o direito. Não serve apenas de direção e inspiração, mas também é norma de conduta. “Hoje o Estado é personalista, pois leva em conta o homem, historicamente situado, vislumbrando os interesses e necessidades do indivíduo concreto, abandonando a idéia do homem ideal, do bom pai de família, que o direito civil preconizava.”¹⁶⁵

¹⁶³Luis Roberto Barros e Ana Paula de Barcellos entendem o pós-positivismo como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética.” BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. “O começo da história. A nova interpretação Constitucional e os princípios no Direito brasileiro. In. BARROSO, Luis Roberto, organizador. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.336.

¹⁶⁴A eficácia das normas constitucionais pode ser analisada sob três aspectos: as normas de eficácia plena, as de eficácia contida e a de eficácia limitada.

As de eficácia plena são aquelas que possuem todos os elementos capazes de fazer com que a norma produza os efeitos desejados, isto é, têm aplicabilidade direta, imediata e integral, tendo em vista que elas podem ser aplicadas ao caso concreto, independentemente de uma norma regulamentadora que sobre elas disponha. As normas de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata, tendo sua eficácia independente da interferência do legislador ordinário, isto é, não dependem de lei ulterior para ter eficácia, mas ficam abertas à possibilidade da lei estabelecer limites ou circunstâncias restritivas. As de eficácia limitada são as que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais desejados pelo legislador constituinte. A sua força normativa está presente, porém, não há a concretude necessária para a sua aplicação ao caso prático, devido à necessidade de lei que sobre ela disponha.

Para a doutrina moderna, a Constituição da República sempre é fonte de direito, com normas de execução imediata e outras que se situam apenas na moldura constitucional. Mesmo essas não podem sofrer violação por nenhuma norma infraconstitucional. Caso ocorra a infração, a norma é tida como inconstitucional, ou não será recepcionada, devendo ser extirpada do nosso ordenamento jurídico (barreira de contenção). Logo, todas as normas constitucionais têm eficácia. Neste sentido, não existe norma constitucional ineficaz ou não auto-aplicável, isto é, totalmente “imprestável”, pois tem alguma finalidade. Até as normas constitucionais dependentes de regulamentação, institutivas e programáticas, têm força de impedir que o legislador infraconstitucional contra elas legisle.

¹⁶⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Obra citada, p. 162.

Na fase pós-positivista o direito abre espaço para a moral, a ética, centraliza o homem como principal preocupação, estando acima do patrimônio e do Estado e se aproxima da Justiça. É a retomada de valores há muito abandonados. A idéia da normatividade dos princípios é adotada e respeitada. O moderno constitucionalismo reaproxima a ética do direito e, por isso, promove o retorno de valores agora incorporados e materializados em princípios explícitos ou implícitos na Constituição.

3.2. Princípios como espécie de normas constitucionais

O reconhecimento dos princípios pela ordem jurídica remonta de longa data e com variadas funções, que Barroso¹⁶⁶ resume em três: “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema e c) condicionar a atividade do intérprete.” A novidade está no reconhecimento de sua normatividade pela dogmática jurídica atual, que divide as normas em geral em duas grandes categorias: regras e princípios.

Os princípios têm fundamento ético e, por isso, com maior conteúdo valorativo. Situam-se na base do sistema jurídico e possuem natureza normogênica, já que constituem motivo e fundamento das regras.

A superação do positivismo legalista decorreu do reconhecimento de sua normatividade e da mudança de mentalidade¹⁶⁷.

Os principais valores e diretrizes fundamentais da ordem jurídica estão concentrados nos princípios constitucionais que se irradiam por todo sistema jurídico, contaminando as demais normas infraconstitucionais. Por isso, têm uma dimensão de maior peso ou importância. De acordo com José Afonso da Silva a norma só pode ser aplicada quando eficaz¹⁶⁸, que quer dizer que ela possui elementos suficientes para que ela produza efeitos. Os princípios constitucionais têm força normativa, isto é, funcionam como norma eficaz.

A eficácia dos princípios pode ser dividida em positiva e negativa: Positiva quando seu papel é de inspirar, iluminar, dirigir o intérprete, o legislador ou o julgador

¹⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

¹⁶⁷Ronald Dworkin foi reconhecido como o responsável pela mudança de paradigma nesta matéria.

¹⁶⁸Convém ressaltar as diferenças entre positividade, eficácia e vigência. Positividade do direito exprime a característica de um direito que rege a conduta humana concretamente, mediante normas atributivas atuais ou históricas. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Vigência refere-se à norma atual, ao tempo de existência específica da norma, do aqui e agora.

em determinado sentido. Também tem o papel de normatizar e determinar normas de condutas. A eficácia negativa dos princípios apresenta-se como moldura, limite barreira de contenção contra atos que os viole. Isto quer dizer que o princípio pode ser utilizado para limitar a atuação do juiz e dos agentes sociais.

Além desta, os princípios têm outras finalidades como: a estrutural, diretiva e normativa. Joaquim Canotilho ampliou a função dos princípios quando afirmou sua normatividade, tema, aliás, primeiramente explorado por Crisafulli (1952). No Brasil, Paulo Bonavides explorou o assunto com muita propriedade.

Ana Paula de Barcellos¹⁶⁹ divide os princípios em três tipos de eficácia: interpretativa; negativa e vedativa de retrocesso. Referindo-se a sua eficácia, acrescenta que:

(...) princípios constitucionais, pois aqui estarão associadas suas características de norma-princípio com a superioridade hierárquica própria da Constituição. Como consequência da eficácia interpretativa, cada norma infraconstitucional, ou mesmo constitucional, deverá ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria.

A eficácia negativa exige mais elaboração quando se trata dos princípios, igualmente por força de seus efeitos indeterminados (...) funciona como barreira de contenção, impedindo que sejam praticados atos ou editadas normas que se oponham aos propósitos do princípio. (...).

A vedação de retrocesso por sua vez, desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e em particular aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas infraconstitucionais.

Para José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷⁰ as normas se subdividem em regras e princípios, sendo que as regras “(...) são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo) ...”, ao passo que princípios “(...) são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e

¹⁶⁹BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.59.

¹⁷⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª edição, 1998, Almedina, Coimbra, p. 86 - 88.

jurídicas (...). Ressalte-se que Canotilho não incluiu o “valor” como espécie de norma, tarefa que coube a Paulo Bonavides¹⁷¹.

Canotilho¹⁷² aponta os critérios necessários para distinguir os princípios das regras¹⁷³:

a) grau de abstração: os princípios apresentam grau de abstração elevado, enquanto as regras possuem grau de abstração reduzida;

b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: as regras permitem aplicação direta, pois criam um direito subjetivo, enquanto os princípios, por serem vagos e indeterminados, são suscetíveis de mediações concretizadoras;

c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direitos: os princípios desempenham um papel fundamental no ordenamento jurídico face à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou mesmo em função da sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);

d) proximidade da idéia de direito: os princípios estão vinculados às exigências de justiça ou idéia de direito, ao passo que regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional;

e) natureza normogénica: os princípios servem de fundamento para as regras, ou seja, os princípios representam a razão da existência de regras jurídicas, e serve de base para estas.

De acordo com Canotilho¹⁷⁴ os princípios são normas jurídicas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, que variam de acordo com as condições fáticas ou jurídicas; as regras, por sua vez, estabelecem coercitivamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que pode ou não vir a ser cumprida. Afirma que a convivência dos princípios é conflitual, ao passo que das regras é antinômica, estabelecendo a possibilidade de coexistência de princípios que sejam conflitantes, enquanto que no que se refere às regras ocorre a exclusão. Isto é, ou a regra vale, devendo ser cumprida na medida estabelecida ou não tem validade. Segundo o autor¹⁷⁵: “Os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento

¹⁷¹Numa abordagem mais moderna, Paulo Bonavides, aprimorando os estudos de Canotilho, divide a norma em três espécies: as regras, os princípios e os valores.

¹⁷²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 1124 - 1230.

¹⁷³CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 164.

¹⁷⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 1035.

¹⁷⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 1035.

de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios textualmente conflitantes.”

Enquanto as regras têm incidência restrita às hipóteses previstas, os princípios têm maior grau de abstração. As regras são aplicadas sob a forma do “tudo ou nada”, pois dependem da ocorrência dos fatos previstos em lei para a sua incidência, isto é, se a hipótese criada pelo legislador se realizar concretamente, automaticamente haverá incidência da regra. Sua aplicação se dá mediante subsunção. O comando é claro, objetivo, dando pequena margem a elaborações mais sofisticadas. Por isso, Barroso¹⁷⁶ afirma que as “as regras normalmente são relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.”

A regra¹⁷⁷ vale ou não vale, pois uma situação fática não pode ser regida por duas ou mais regras, sob pena de se conflitarem. Havendo colisão entre regras a solução está no sistema tradicional, que impõe três critérios: o da hierarquia, o cronológico ou o da especialização.

Tais critérios não se aplicam quando há conflito entre princípios aplicáveis a uma mesma situação. Havendo antagonismos inevitáveis o intérprete deverá ponderar valores ou interesses. Ocorrendo antagonismo entre princípios, Barroso¹⁷⁸ ensina:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou importância. A vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.

O melhor método para solucionar o conflito entre princípios é o critério da ponderação de valores, interesses e normas¹⁷⁹, já que os métodos clássicos não se

¹⁷⁶BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.353.

¹⁷⁷ De acordo com de Robert Alexy as regras são mandados de definição, ao passo que os princípios são mandados de otimização.

¹⁷⁸BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, cit., p. 329.

adequam nem ajudam na resolução das tensões. Para tanto, deve-se considerar os elementos do caso e, para cada situação, o intérprete deve pesar o valor do princípio que melhor solucionará o caso para, a partir de então, escolher o melhor, sempre pautado na razoabilidade e na proporcionalidade da medida.

Willis Santiago Guerra Filho¹⁸⁰ leciona:

(...) é ele que permite fazer o “sopesamento” dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.

Daniel Sarmiento¹⁸¹ acrescenta:

Na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

O sopesamento de interesses deve ser pautado pelo respeito aos direitos fundamentais e pela razoabilidade.

Convém ressaltar que não há hierarquia entre as categorias (regras e princípios), nem distinção qualitativa, pois conjuntamente fazem parte de um sistema contaminado de valores suprapositivos, baseados na idéia de Justiça, de garantia de direitos fundamentais, todos para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

¹⁷⁹A necessidade de criação de um método de ponderação entre os interesses que devem prevalecer, nasceu de casos concretos em que havia conflitos de princípios constitucionais. O fato que bem ilustrou ocorreu na França no “caso *Morsang-sur-Orge*” ou “caso do anão”, cuja lide era a seguinte: uma boate organizou um concurso de “arremesso de anão” que consistia em uma prova na qual venceria o freguês que conseguisse lançar mais longe o anão, a partir do palco da discoteca. Entretanto, o prefeito da cidade, na condição de guardião da ordem pública, interditou o espetáculo, baseando-se no argumento de que aquele ato era contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana. Inconformada com a decisão administrativa, a empresa organizadora do concurso, em litisconsórcio com o anão, seu empregado contratado como “projétil”, impugnou na justiça administrativa o ato do prefeito. O empresário alegava a seu favor o princípio constitucional da “livre iniciativa” e o trabalhador anão o princípio, também constitucional, da liberdade de exercício de ofício e profissão e, que não havia lei que proibisse o trabalho de “projétil humano”. A partir daí três princípios constitucionais poderiam ser aplicados ao mesmo caso, mas que almejavam objetivos diversos. Presente estava o conflito de princípios. Por fim, o Conselho de Estado francês manteve o ato do Poder Público (do prefeito), afirmando a indisponibilidade da dignidade humana pelo seu próprio titular e a preponderância deste princípio sobre os demais.

¹⁸⁰GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaios de Teoria Constitucional. Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1989, *apud* Daniel Sarmiento. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p. 96.

¹⁸¹SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

A este respeito Daniel Sarmiento¹⁸² acrescenta:

(...) no plano da fluidez, os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Excedem os valores, em termos de concretização, por já delinarem indicações sobre as suas conseqüências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativa das regras, pois não têm delimitadas, com precisão necessária, as respectivas hipóteses e incidência e conseqüências jurídicas.

Apesar da explanação acima, a força normativa dos princípios Constitucionais ainda encontra resistência no Direito do Trabalho.

Américo Plá Rodriguez¹⁸³ e Sérgio Pinto¹⁸⁴ sustentam a força normativa supletiva e não a autônoma dos princípios, negando a necessária independência normativa destes.

Maurício Godinho¹⁸⁵ afirma que a prevalência dos princípios sobre as regras legais é relativa, “sob pena de criar-se total insegurança na ordem jurídica e meio social regulado.” Em virtude disto, sustenta que os princípios têm força normativa concorrente, e não autônoma ou própria.

Em posição antagônica, Amauri Mascaro¹⁸⁶ e Délio Maranhão¹⁸⁷ negam a normatividade dos princípios.

Negar a normatividade dos princípios é ignorar a nova ordem constitucional, seus valores.

Em posição minoritária, mas numa corrente mais moderna, a norma constitucional pode ser dividida em quatro espécies: princípios, regras, valores e postulados, cada um com função e objetivo diverso, como abaixo explicado¹⁸⁸:

O princípio diz o fim almejado, mas não diz o meio, o caminho para se chegar àquele fim. É mais plástico, mais aberto, de maior dimensão e mais irradiante. Possui um grau mais alto de generalidade e abstração que as regras. Aplica-se a vários casos. Ex. Princípio da dignidade da pessoa humana. Como se chegar a este fim desejado pela norma constitucional?

¹⁸²SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43.

¹⁸³PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Traduzido por Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 17.

¹⁸⁴MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 74.

¹⁸⁵DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 188-190.

¹⁸⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 27ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 115.

¹⁸⁷SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 18ª ed., Vol. 1, 1999, p. 173.

¹⁸⁸CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Impetus, 2009, p. 132

A regra é aquela que contém a hipótese de incidência e a consequência, é o chamado “se... então”. Por isso, são mais concretas, menos irradiantes e menos abertas. Ex. Se trabalhar mais que oito horas por dia, então terá direito a horas extras com acréscimo de 50%.

Valor é um axioma subjetivo que impregna toda a constituição, é o que é bom para a pessoa e quando incorporado ao direito ele se torna norma. Alguns se incorporam ao direito por meio dos princípios. Ex: justiça, valorização do ser sobre o ter.

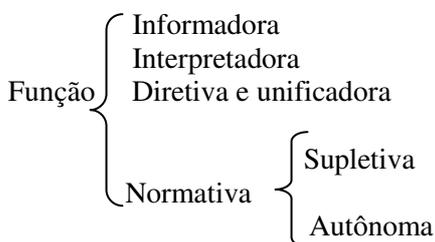
Os postulados são critérios de ponderação, estabelecendo apenas o meio e não o fim almejado.

Humberto D’Ávila¹⁸⁹ distingue os princípios dos postulados, apontando como exemplo destes: o da proporcionalidade e da razoabilidade. Afirma que os postulados não apontam um fim e sim o meio pelo qual se deve chegar a melhor solução. É método de ponderação, de sopesamento, de raciocínio.

Desta forma, fácil concluir que os princípios constitucionais são fontes formais de direito porque são normas¹⁹⁰ e, desta forma, agem de forma coercitiva sobre os agentes sociais. A normatividade dos princípios também pode ser estendida a alguns princípios gerais de direito ou específicos de Direito do Trabalho, embora a doutrina e jurisprudência trabalhistas ainda não reconheçam esta função normativa.

3.3. Função dos princípios

Diversas são as funções dos princípios, sob a ótica moderna: informadora, interpretadora, diretiva e normativa.



A função informadora se baseia no fato do princípio inspirar o legislador a legislar a favor de um determinado bem ou valor jurídico que deve ser tutelado ou prestigiado,

¹⁸⁹D’ÁVILLA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, 5ª ed, revista e ampliada. Malheiros, 2005, p. 121-123.

¹⁹⁰BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 165.

servindo de fundamento para o ordenamento jurídico. Ex: Princípio da proteção ao trabalhador: privilegia o trabalhador, o hipossuficiente.

Diretiva e unificadora porque unifica o ordenamento e indica a direção a ser tomada pelo legislador, operadores do direito e intérpretes. Não permite analisar a norma de forma isolada. Ex: O inciso XXVI do art. 7º da CRFB deve ser interpretado de acordo com o *caput* do mesmo artigo, sob pena de se ignorar o princípio da unidade da interpretação constitucional (mais tarde estudada).

Também tem função interpretadora porque age como critério de orientação do juiz ou do intérprete. Ex: princípio *in dubio pro misero*: quando a norma comportar mais de uma interpretação razoável, o intérprete deverá optar por aquela mais favorável ao trabalhador.

Normativo supletivo, acessório ou secundário quando supre e integra as lacunas legais, servindo como fonte supletiva. A regra concreta existe, mas não prevê determinada nuance ou hipótese. O princípio preenche esse vazio normatizando o caso. Ex: o artigo 10, II, *b* do ADCT concede estabilidade à gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Porém, não informa qual deve ser o procedimento quando a gravidez é interrompida pela morte do feto ou quando nasce morta ou, ainda, quando a confirmação se dá após a rescisão contratual, mas com data de concepção anterior à dispensa. O intérprete deve ponderar se deve aplicar o princípio da proteção à maternidade ou à trabalhadora (que não teve sequer a oportunidade de ser mãe, em virtude do falecimento do feto).

A função normativa autônoma atua criando um direito subjetivo, preenchendo o vazio existente no ordenamento jurídico e não na regra. Ex. Não existe lei que proíba um anão aceitar trabalhar como um projétil a ser arremessado pelos fregueses do empregador. Todavia, tal comportamento parece ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, a aplicação do princípio funcionará para impedir o trabalho, atuando como fonte normativa autônoma.

4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios atingem todos os ramos do direito interno e externo e, como são espécies de norma, contaminam todo o ordenamento jurídico, respeitando cada matéria. Abaixo transcreveremos os princípios compatíveis com o Direito do Trabalho¹⁹¹:

4.1. Princípios universais de Direito do Trabalho

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Proibição de trabalho escravo – art. IV;
Direito ao trabalho¹⁹² – art. XXIII, *caput*;
Liberdade de Trabalho – art. XXIII, 1;
Direito à condição favorável de trabalho – art. XXIII, 1;
Proteção contra o desemprego – art. XXIII, 1;
Não discriminação de salário – art. XXIII, 2;
Garantia de um salário digno além de outros meios de proteção social ao trabalhador – art. XXIII, 3;
Direito à organização sindical e a livre associação – art. XXIII, 4.

Tratado de Versailles

O trabalho não pode ser considerado como mercadoria¹⁹³ ou artigo de comércio – art. 427, 1;
Direito de associação sindical – art. 427, 4;
Direito a salário que assegure nível de vida conveniente - art. 427, 3;
Jornada de 8 horas e 48h semanais - art. 427, 4;
Descanso semanal de 24 horas - art. 427, 5;
Supressão do trabalho infantil e limitação ao trabalho do menor - art. 427, 6;
Salário igual sem distinção de sexo - art. 427, 7;
Salário igual entre trabalhadores residentes legalmente no mesmo país - art. 427, 8.

4.1. Princípios gerais constitucionais de Direito do Trabalho

Art. 1º da CRFB

¹⁹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: Impetus, 2009, ps. 138 – 141.

¹⁹² Artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem assim se refere:

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

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

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

¹⁹³ Este princípio é a base de todo o Direito do Trabalho como afirmou Mario de La Cueva “contém a essência do Direito do Trabalho. O trabalho não é uma mercadoria; equivale a sustentar que, em todos os casos, deve respeitar-se a dignidade da pessoa humana.” *Apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 103.

Respeito à Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III);
Valores Sociais do Trabalho (art. 1º, IV);
Livre Iniciativa (art. 1º, IV);

Art. 5º da CRFB

Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (...) – art. 5º, *caput*;
Da anterioridade legal: fazer ou deixar de fazer algo, salvo em virtude de lei – art. 5º, II;
Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (...) -art. 5º, III;
Livre manifestação do pensamento (...) - art. 5º, IV;
Direito a indenização por dano moral, material ou à imagem (...) - art. 5º, V;
Liberdade de consciência e de crença (...) - art. 5º, VI;
Da isonomia de tratamento: Ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa (...) - art. 5º, VIII;
Inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (...) - art. 5º, X;
Livre exercício de qualquer trabalho ou ofício (...) - art. 5º, XIII;
Livre reunião pacífica, sem armas... em locais abertos (...) - art. 5º, XVI;
Direito à associação para fins lícitos (...) - art. 5º, XVII;
Criação de associações e cooperativas (...) - art. 5º, XVIII;
Associações dissolvidas apenas por decisão judicial (...) - art. 5º, XIX;
Ninguém será obrigado a associar-se ou permanecer associado (...) - art. 5º, XX;
Legitimidade das associações (...) - art. 5º, XXI;
A lei não excluirá do Judiciário lesão ou ameaça de direito (...) - art. 5º, XXXV;
Respeito ao Direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (...) - art. 5º, XXXVI;
Direito de resposta, o contraditório e ampla defesa (...) - art. 5º, V e XXXV.

Art. 170 da CRFB

Justiça Social – art. 170, *caput*;
Valorização do Trabalho Humano – art. 170, *caput*;
Livre iniciativa – art. 170, *caput*;
Dignidade da pessoa humana – art. 170, *caput*;
Função social da empresa – art. 170, III;
Busca do pleno emprego – art. 170, IV.

4.3. Princípios constitucionais específicos de Direito do Trabalho

Art. 8º da CRFB

Liberdade Sindical – art. 8º, *caput*;
Não interferência estatal nos sindicatos – art. 8º, I
Unicidade Sindical – art. 8º, II;
Representação Sindical – art. 8º, III;

Contribuição sindical compulsória – art. 8º, IV;
Livre filiação Sindical – art. 8º, V;
Necessária intervenção sindical nas negociações coletivas – art. 8º, VI;
Proteção ao dirigente sindical – art.8º, VIII;
Garantia do sistema confederativo – art. 8º, IV;
Subordinação do sindicato à vontade da assembléia – art. 8º, IV.

Artigo 9º da CRFB

Direito de Greve

Artigo 11 da CRFB

Representação dos trabalhadores na empresa

Artigo 7º da CRFB

Da proteção ao trabalhador e prevalência da condição mais favorável (art. 7º *caput*);
Da proteção contra a despedida arbitrária (art. 7º, I);
Periodicidade de reajuste do salário mínimo – (art. 7º, IV);
Da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI);
Proteção do mercado de trabalho da mulher – (art. 7º, XX);
Do reconhecimento dos Convênios Coletivos (art. 7º, XXVI);
Da proteção ao trabalhador em face da automação (art. 7º, XXVII);
Da isonomia salarial e de tratamento (art. 7º XXX);
Da não discriminação (art. 7º incisos XXX, XXXI, XXXII);
Da proibição do trabalho infantil e proteção de trabalho noturno, perigoso e insalubre ao adolescente (art. 7º XXXIII);
Da redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º XXII);
Do seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador (art. 7º XXVIII).

4.4. Princípios gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho

Não alegação da ignorância da lei – art. 3º LICC;
Função social do direito – art. 5º da LICC;
Respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – art. 6º da LICC;
Da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade – art. 11 do CC;
Da inviolabilidade da vida privada – art. 21 do CC;
Da prevalência da intenção sobre a forma – art. 112 do CC;
Boa fé e lealdade nos contratos – art. 113 do CC;
Livre consentimento – 138 e seg. CC;
Da não alegação da própria torpeza – art. 150 CC e outros;
Proibição do abuso do direito e do enriquecimento sem causa – art. 187 do CC;
Da força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da sua inalterabilidade;
Da exceção do contrato não cumprido;
Da razoabilidade, ponderação, prudência e sensatez na avaliação das condutas humanas;
Da tipificação legal das penas e ilícitos;
Da proteção a incapacidade ou das minorias;

Do aproveitamento dos atos a favor do hipossuficiente;
Da proteção à criança e ao adolescente;

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho protege o trabalhador em face do desequilíbrio jurídico e econômico existente na relação travada entre empregado e empregador, por ser aquele economicamente mais fraco em relação a este. A partir daí consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador, na tentativa de equilibrar esta relação desigual. Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao trabalhador, o Direito do Trabalho destinou uma maior proteção jurídica ao trabalhador. Para corrigir as desigualdades a medida ideal é criar outras desigualdades, igualando as partes.

Os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades para que possam sofrer menos sua condição de desigual. Esta máxima não se restringe à relação travada entre empregado e patrão, mas também é o norte, o núcleo principal do princípio da isonomia.

José Afonso da Silva¹⁹⁴ afirma que é exatamente "porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais", portanto, o fim igualitário é buscado por vários ramos do direito e para diversos fins.

Kelsen¹⁹⁵ ensinava que:

(...) a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, 1993, p.195.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p.203.

tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

Pelos mesmos argumentos, não podem empregado e empregador terem o mesmo tratamento pela lei, Judiciário e intérprete, em face da vulnerabilidade do trabalhador frente ao patrão.

Canotilho¹⁹⁶ acrescenta que o princípio da igualdade de tratamento ocorre:

(...) quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária (...). Existe violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: fundamento sério; não tiver um sentido legítimo; estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Tratar igualmente as partes da relação de emprego é ignorar, desprezar e tirar proveito da condição de hipossuficiência do trabalhador.

Para compensar sua fragilidade jurídica e econômica o princípio da proteção ao trabalhador é a base do Direito do Trabalho. Uma das finalidades do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade, a igualdade chamada de substancial entre as partes. Para tanto, é necessário proteger o trabalhador, por ser a parte mais frágil desta relação.

A intensa intervenção estatal é a principal característica do princípio da proteção ao trabalhador, pois limita a autonomia da vontade das partes. O contrato mínimo de trabalho está regulamentado¹⁹⁷ por lei, já que o Estado dirige, por meio da legislação imposta, as regras mínimas do contrato, não deixando as partes livres para a negociação, para o ajuste. O princípio da proteção visa equilibrar esta relação que, desde a sua origem, é desigual. Plá Rodriguez¹⁹⁸ afirmava que“(...) historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com

¹⁹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1995. p.401

¹⁹⁷A natureza jurídica da relação de emprego é controvertida, em face da intensa regulamentação que sofre o contrato de trabalho. Daí porque há corrente negando a natureza contratual da relação de emprego, apontando a natureza institucionalista como fundamento básico desta.

¹⁹⁸PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 40.

poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, às mais abusivas e iníquas.”

Para Plá Rodriguez¹⁹⁹ o princípio da proteção ao trabalhador, que é o fundamento e a base do Direito do Trabalho, se divide em:

- Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador;
- Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador;
- Princípio da interpretação: *in dubio, pro misero*.

O autor acrescenta que²⁰⁰:

(...) além do princípio protetor, no qual se inserem as regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, o Direito do Trabalho consagra os princípios da irrenunciabilidade, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Diante da natural desigualdade jurídica existente entre as partes, já que o capital possui certa segurança garantida pelo poder econômico do patrão e, levando-se em conta, do outro lado, a vulnerabilidade econômica do trabalhador, necessário um princípio para tutelá-lo. A necessidade de subsistência muitas vezes contamina a vontade do trabalhador que acaba se submetendo às péssimas condições de trabalho, aceitando baixos salários e alterações contratuais que lhe são prejudiciais. Assim, o Direito do Trabalho pretende igualar as partes desiguais desta relação.

Diante da crise econômica e a necessidade de flexibilização, assunto já enfrentados nos primeiros Capítulos desta, o princípio da proteção do trabalhador tem sido relativizado e, algumas vezes até afastado²⁰¹.

A crise realmente enfraqueceu o princípio da proteção ao trabalhador, fato que pode ser facilmente constatado pela jurisprudência e súmulas mais recentes dos tribunais trabalhistas que, já não mais defendem ferozmente o trabalhador como outrora faziam, permitindo em alguns casos, a redução de seus direitos ou a alteração *in pejus*.

Será analisado abaixo cada um dos princípios trabalhistas.

¹⁹⁹PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. cit., p.41.

²⁰⁰PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. cit., p.44.

²⁰¹Arion Romita neste sentido. ROMITA, Arion Sayão. O princípio da Proteção em xeque e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003, p. 23/27.

2. ESPÉCIES

2.1. Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador

Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido habitualmente, de forma oral ou tácita, considera-se ajustado, não podendo mais ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador – art. 468 da CLT. A benesse que explicitamente consta do contrato independe o requisito da repetição, pois já expressa (escrita) no contrato. Se o tratamento mais favorável for concedido espontaneamente pelo patrão, mesmo após a admissão, prevalecerá sobre os menos favoráveis previstos no contrato, na lei, nas normas coletivas ou no regimento interno, salvo lei em sentido contrário ou flexibilização autorizada por norma coletiva²⁰²

O princípio da prevalência da condição mais favorável ao trabalhador encontra respaldo no artigo 468 da CLT e se funda no princípio do direito adquirido, apontado no inciso XXXVI do art. 5º da CRFB.

Ex1: empregador que concede alimentação *in natura* e graciosa ou plano de saúde com desconto módico, ambos de forma habitual ao empregado, via de regra não pode mais suprimir tais benefícios, por causar prejuízo ao empregado – art. 468 da CLT.

Ex2: empregador que habitualmente e de forma incondicional permite que o empregado trabalhe apenas seis horas por dia, apesar da previsão contratual de jornada de 8h, ajusta tacitamente a jornada reduzida, tendo que pagar como extras as laboradas após a 6ª diária.

As benesses acima mencionadas se incorporaram de forma definitiva ao contrato de trabalho, pois ao permitir que o empregado usufrua desta condição que lhe é mais favorável que a prevista no contrato de trabalho e/ou na lei, o patrão limitou seu poder

²⁰² Apesar da tendência da jurisprudência em aceitar que a norma coletiva reduza direitos previstos em lei, no contrato ou em regimento interno, há decisões em sentido contrário:

RECURSO DE REVISTA. 1. HORA NOTURNA REDUZIDA. REGIME 12 x 36. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA DE EQUIPARAÇÃO DA HORA NOTURNA À HORA DIURNA. O art. 73, § 1º, da CLT estabelece que a hora de trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos. Trata-se de norma de caráter tutelar, cuja observância é obrigatória, mesmo que haja previsão em norma coletiva de equiparação da hora noturna à hora diurna. Recurso de revista conhecido e desprovido. TST, 3ª T, RR - 3642/2004-004-12-00, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira, DEJT - 14/08/2009.

potestativo de variar e vinculou-se ao cumprimento desta nova condição, por tacitamente ajustada pela habitualidade.

A jurisprudência também é nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CONTRARIEDADE À OJT 51 da SBDI-1 do TST. A OJ Transitória 51 da SDI-1/TST preceitua a impossibilidade da supressão do auxílio-alimentação tanto em relação àqueles ex-empregados que percebiam o benefício, e já estavam aposentados à época da alteração, quanto àqueles que ainda não haviam sido jubilados, mas que foram admitidos durante a vigência da norma que instituiu a mencionada benesse. Recurso de Revista provido. TST, 6ª T, RR - 1527/2005-008-01-00, Rel. Maurício Godinho Delgado, DEJT - 14/08/2009.

RECURSO DE REVISTA. 1. PLANO DE SAÚDE. NORMA COLETIVA. O Regional deixou evidenciado que a reclamada, por mais de três anos, quitou integralmente o plano de saúde do reclamante, não podendo norma coletiva posterior excluir tal benefício. Assim, não há falar em contrariedade à Súmula 277 do TST. De outra parte, os arestos trazidos a confronto afiguram-se inespecíficos à luz da Súmula 296 desta Corte Superior. Recurso de Revista não conhecido. TST, 8ª T, RR - 980/2007-010-17-00, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT - 07/08/2009

Ressalte-se que esta é uma regra geral que vem encontrando, cada vez mais, exceções²⁰³, que serão analisadas mais tarde.

A prevalência do tratamento mais favorável depende do preenchimento de alguns requisitos: a) existência de uma condição concreta anterior ou de uma norma anterior aplicável àquela situação concreta; b) situação ou norma nova, distinta da anterior, e aplicada voluntariamente, de forma habitual pela empresa, e que seja mais vantajosa que a anterior para aquele mesmo trabalhador, desde que inexista lei proibindo a incorporação da benesse ou que não contrarie norma de ordem pública. Em alguns casos a norma coletiva também pode suprimir a benesse, como já estudado no Capítulo da “Flexibilização”.

Do contexto acima quatro elementos são fundamentais, podendo ser apontados como requisitos:

a) Condição mais favorável que a legal ou a contratual;

²⁰³A OJ 308 da SDI-I do TST autoriza o retorno à jornada contratual, mesmo que em prejuízo do trabalhador. Da mesma forma, a OJ 159 da SDI-I do TST permite a mudança da data do pagamento do salário, mesmo que em prejuízo do trabalhador. Esses são exemplos de exceções à regra estudada.

- b) Habitualidade na concessão da benesse, salvo quando o benefício foi concedido de forma expressa (escrita);
- c) Concessão voluntária e incondicional;
- d) Não haver impedimento legal para sua incorporação ao contrato.

Apesar do princípio ainda ser adotado, percebe-se uma mudança de interpretação quando de sua aplicação pelo Poder Judiciário.

A incorporação definitiva de benefícios concedidos por liberalidade do patrão pode causar, em alguns casos, iniquidade e onerar demasiadamente o patrão. Muitos optam pela despedida do empregado, pois sua manutenção em condições menos favoráveis gera direitos ao trabalhador prejudicado e maiores gastos ao patrão.

Se, por exemplo, o empregador fornece plano de saúde aos seus empregados, atitude louvada e merecedora de elogios e incentivo, pois a lei não o obriga a tanto, mesmo atravessando dificuldades econômicas ou em momentos em que é necessário cortar os custos para manutenção da saúde da empresa, não poderá, salvo norma coletiva em contrário, suprimir a parcela, mesmo nas hipóteses de suspensão contratual, como vem entendendo a jurisprudência.

Explica-se.

Na suspensão contratual as principais cláusulas do ajuste permanecem paralisadas, suspensas, sem execução. Tecnicamente, durante a suspensão contratual não há trabalho nem pagamento de salário²⁰⁴ ou de qualquer outra vantagem²⁰⁵. Isto autorizaria ao patrão a suprimir as vantagens antes concedidas.

Imagine-se um empregado acidentado e gravemente ferido que, por força disto, entra em gozo de auxílio-doença. Pergunta-se: terá ele direito à manutenção do plano de saúde e da moradia concedida pelo empregador durante o período de suspensão contratual? Deveria ser aplicada a regra geral que autoriza a suspensão todos os efeitos patrimoniais do contrato?

Assim, de acordo com essa visão fria e literal, pode o empregador suprimir o plano de saúde, ter restituída a moradia, deixar de conceder o vale-transporte, tíquete-refeição etc. Todavia, a jurisprudência não é unânime neste sentido, sob o argumento de

²⁰⁴Parte da doutrina entende que o acidente de trabalho, a licença maternidade e o serviço militar acarretam a suspensão contratual. Independentemente do entendimento, haverá a obrigatoriedade de depósito do FGTS.

²⁰⁵O artigo 476-A da CLT autoriza a concessão de benefícios durante a suspensão para curso, sem que tal parcela tenha natureza salarial.

que é nesta fase que o empregado mais precisa do plano de saúde, assim como dos demais benefícios concedidos pelo empregador. Desta forma, parte da jurisprudência inclina-se no sentido de garantir ao trabalhador com o contrato suspenso as benesses relacionadas à proteção à saúde.

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOENÇA RENAL CRÔNICA. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. Nos termos do art. 475 da CLT, a aposentadoria por invalidez opera a suspensão do contrato de trabalho. Suspenso o ajuste, paralisam-se apenas os efeitos principais do vínculo, quais sejam, a prestação de trabalho, o pagamento de salários e a contagem do tempo de serviço. Todavia, as cláusulas contratuais compatíveis com a suspensão continuam impondo direitos e obrigações às partes, porquanto subsiste intacto o vínculo de emprego. Considerando que o direito ao acesso ao plano de saúde, tal como usufruído antes da aposentadoria por invalidez, não decorre da prestação de serviços, mas diretamente do contrato de emprego – resguardado durante a percepção do benefício previdenciário –, não há motivo para sua cassação. Recurso de revista conhecido e provido. TST, 6ª T, RR – 2818/2003-037-12-00, Rel. Rosa Maria Weber Candiota, DJ 29/09/06.

Sugere-se que o intérprete analise o motivo da suspensão contratual para decidir a questão. Desta forma, se o empregado está com seu contrato suspenso porque foi eleito dirigente sindical, todas as benesses podem ser suspensas. O mesmo raciocínio deve ser utilizado caso ele tenha tido seu contrato suspenso por serviço militar obrigatório ou por desempenhar qualquer cargo público civil etc. Por outro lado, caso a suspensão tenha ocorrido por motivo de acidente ou doença, a questão se torna mais difícil, já que algumas utilidades, como as relativas à saúde (plano de saúde), foram concedidas exatamente para atender a essas situações excepcionais. Daí porque, excepcionalmente, algumas utilidades, dependendo do motivo e da duração da suspensão contratual, devem continuar a ser concedidas.

A manutenção da utilidade para os casos de doença e acidente se coaduna com o princípio da proteção ao trabalhador. Entrementes, a medida, pode se tornar extremamente onerosa para o bom empregador que, ao contrário dos demais, forneceu o plano de saúde. Isto se explica porque pode um trabalhador permanecer em auxílio-doença durante anos e mais tarde aposentar-se por invalidez (motivo de suspensão do contrato) e, nesta condição também permanecer muitos anos. Não é justo obrigar o empregador por todo este período – 5, 10, 15 anos. Ademais, norma benéfica interpreta-se restritivamente.

Logo, se o empregador não foi expresso na manutenção da benesse durante toda a suspensão do contrato, a interpretação deverá ser no sentido de que as utilidades fornecidas para o trabalho podem ser suprimidas nos longos períodos de suspensão contratual, e apenas nestes, ou que o empregado passe a custeá-las.

Abaixo os requisitos para a incorporação de uma benesse ao contrato de forma definitiva.

2.1.1. Condição mais favorável

O primeiro requisito é a concessão de uma vantagem melhor que a prevista em lei ou no contrato. Assim, a concessão de uma utilidade ou de um tratamento só será considerada benéfica se não ferir as regras gerais de direito do trabalho, seus princípios e bons costumes, de forma que não cause prejuízos diretos ou indiretos ao empregado.

Distinguir o que é bom para o trabalhador nem sempre é uma tarefa fácil, pois a análise do caso concreto pode perpassar por fundamentos diversos e mascarar a vantagem, ou seja, algumas vezes é difícil analisar se a condição é realmente benéfica para o trabalhador ou não. As preferências pessoais de cada trabalhador não devem pautar a valoração. O olhar do intérprete deve levar em conta o bem estar do empregado segundo as normas de direito, de medicina e segurança do trabalho e sua saúde. Entende-se por bem estar do empregado tudo que proteja sua saúde mental, física, biologia e social. A concessão habitual de drogas, cigarros ou bebidas alcoólicas, mesmo que de forma graciosa, jamais se incorporará ao contrato, porque constitui malefício à saúde do empregado, mesmo que para ele seja vantajosa a concessão graciosa, pois mantém seu vício sem ônus – Súmula 367, II do TST *c/c* art. 458, *fine* da CLT.

A supressão de labor extra, por exemplo, foi motivo de discussão na jurisprudência, pois se, de um lado propicia menor tempo de trabalho, favorecendo o descanso, por outro lado o trabalhador deixa de receber o pagamento das horas extras²⁰⁶ e respectivo adicional. A Súmula 291 do TST espelha bem a confusão, pois ao invés de permitir a supressão, obriga ao pagamento de uma indenização, como se tivesse ocorrido prejuízo. Outro exemplo: a alteração da jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso para a de 8 horas diárias; ou, a mudança do turno ininterrupto de

²⁰⁶A cancelada Súmula 76 do TST, pela Súmula 291, determinava a incorporação definitiva das horas extras ao contrato de trabalho, obrigando os patrões ao pagamento mesmo sem o respectivo labor.

revezamento de 6 horas diárias e 36 semanais, para turnos fixos de 8 horas diárias, 44 semanais e 220 mensais, proporciona benefício ao trabalhador, pois, no primeiro caso houve redução do labor excessivo extra (4 horas extras) e no segundo, apesar do aumento de quantidade de horas de trabalho por dia, a nocividade do revezamento cessou – Súmula 391, II do TST. Isto porque o trabalho em diversos horários, ora manhã, ora tarde, ora noite, ora madrugada, afeta drasticamente o relógio biológico do trabalhador e, com isso, sua saúde.

2.1.2. Habitualidade na concessão do benefício

Alguns benefícios são concedidos sem ajuste escrito. Quando isso acontece, a presunção do ajuste (tácito ou oral) depende da concessão da vantagem habitualmente, pois este é um critério objetivo (a repetição).

Desta forma, o fornecimento de uma benesse por curto espaço de tempo, não acarreta a presunção de prévio ajuste de concessão, porque habitual é o que se repete no tempo.

Há decisão neste sentido:

CONDIÇÃO MAIS FAVORÁVEL HABITUAL SE INCORPORA AO CONTRATO DE TRABALHO. A concessão de jornada reduzida de forma habitual e incondicional constitui condição mais favorável ao trabalhador que se incorpora ao contrato, não podendo ser suprimida - art. 468 da CLT. TRT, 1ª Reg., 8ª T, Proc. 00923.2003.302.01.00.4, Rel. Vólia Bomfim Cassar, sessão do dia 25.05.05.

2.1.3. Concessão voluntária e incondicional

Se a vantagem fornecida pelo patrão estiver condicionada a um evento, implementada a condição o benefício pode ser suprimido, pois o limite de atuação do princípio da prevalência da condição mais favorável é a sua concessão sob condição resolutive (evento futuro e incerto) ou de forma temporária.

Plá Rodriguez²⁰⁷ acrescenta informando que:

(...) muitas vezes, as condições mais favoráveis são meramente provisórias e fugazes, em consequência ou do desempenho interino de um cargo, ou de algum acontecimento extraordinário que origina uma sobrecarga circunstancial de trabalho. (...) Se, na prática, os fatos

²⁰⁷PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. cit. p. 63.

demonstram que se tratava de um benefício meramente transitório, uma vez finda a situação que o originou, pode ser tornado sem efeito.

Isto é, o empregador pode deixar de conceder o benefício se a situação que o originou foi temporária e já se esvaiu. Somente as condições estabelecidas de forma definitiva podem ser levadas em consideração na análise das condições mais favoráveis.

Por este motivo, as benesses concedidas por força de acordo coletivo, convenção coletiva e sentença normativa só obrigam o patrão durante a vigência da respectiva norma. Isto se explica porque as normas coletivas têm vigência limitada no tempo (máximo de 2 anos – art. 614, parágrafo 3º da CLT).

Da mesma forma a Súmula 277 do TST:

SENTENÇA NORMATIVA, CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.

I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

O pagamento dos adicionais e das gratificações²⁰⁸ dependem do preenchimento de certos requisitos, pois são espécies de sobre-salários. Cessado o fato gerador, o a parcela pode ser suprimida. Assim, enquanto o trabalhador estiver laborando em horário noturno perceberá o correspondente adicional e quando deixar de trabalhar neste horário, cessará o respectivo pagamento, conforme a Súmula 265 do TST. O mesmo ocorre em relação ao adicional de insalubridade, periculosidade, transferência, gratificação de função de caixa etc. Enquanto trabalhar em local insalubre, perigoso, estiver transferido provisoriamente para outra localidade, ou estiver exercendo a função de caixa, receberá o respectivo adicional ou gratificação.

Assim, lícita é a supressão da alimentação quando do retorno do empregado que apenas a recebeu enquanto esteve executando seu contrato em outro estado ou país, em face da transferência provisória determinada pelo empregador, desde que explícita a condição resolutiva.

²⁰⁸ As gratificações também são chamadas de salário-condição, pois só pagas quando o evento ocorre.

Da mesma forma, o adicional de transferência só é pago enquanto o empregado está transferido para localidade diversa da que resultou o contrato.

Apesar de todo o afirmado, a jurisprudência não admite a supressão da gratificação de função percebida por mais de dez anos, mesmo que o empregado tenha sido revertido ao cargo efetivo - Súmula 372, I do TST, sob o frágil argumento da estabilidade financeira proporcionada ao empregado durante tanto tempo. Ora, se a gratificação era paga em razão da função exercida, deveria ser autorizada sua supressão quando o empregado não mais a exercesse.

2.1.4. Inexistência de impedimento legal

A lei, os bons costumes, os princípios gerais de direito e os constitucionais podem impedir a incorporação ao contrato de uma benesse concedida habitualmente, principalmente quando o procedimento adotado pelas partes ferir de morte a ordem pública.

Há casos em que a própria lei autoriza a supressão do benefício e, por isso, excepciona a possibilidade de incorporação, mesmo causando prejuízo ao empregado, aí está incluído o exercício do *ius variandi* do patrão, que é o direito que o empregador tem de variar²⁰⁹ o contrato.

Desta forma, é lícito o corte salarial praticado pelo empregador público quando o valor do salário do empregado ultrapassar o teto previsto no artigo 37, XI, da CRFB c/c OJ 339 da SDI-I do TST, apesar de causar prejuízo ao trabalhador. Outro exemplo é a negativa de reconhecimento formal do vínculo de emprego aos que não se submeteram ao concurso público, como exige o artigo 37, II da Constituição - Súmula 363 do TST, ante a previsão constitucional. Também é o caso da nulidade da cláusula que prevê vigência permanente em norma coletiva autônoma (convenção ou acordo coletivo), contrariando o artigo 614, parágrafo 3º da CLT – OJ 322 da SDI-I do TST. Em todos os casos apontados, a lei prevaleceu sobre o tratamento favorável ao trabalhador.

²⁰⁹ Variar significa o direito que tem o patrão de alterar cláusulas contratuais. Explica-se, Por ser o dono do empreendimento e correr o risco do negócio, o empregador tem o poder diretivo do contrato de trabalho, podendo variar algumas cláusulas contratuais de acordo com a tendência econômica ou interesse da empresa. Faz parte do *ius variandi*, por exemplo: a) mudança do horário de trabalho, desde que não haja majoração da quantidade de horas trabalhadas por dia (jornada) e não importe em alteração do turno diurno para o noturno (por ser prejudicial ao empregado) – Súmula 265 do TST; b) mudança do local da prestação de serviços, respeitados os limites do art. 469 da CLT; c) possibilidade de exigir do empregado atribuições compatíveis com a função exercida – art. 456, parágrafo único da CLT; d) promoção do empregado; e) alteração da nomenclatura do cargo (sem causar prejuízos) etc.

2.1.5. Exceções ao princípio da prevalência da condição mais favorável ao trabalhador

A crise econômica enfrentada pelo país, o processo de globalização, a inserção de novas tecnologias, a automação, dentre outros fatores, aumentou drasticamente o desemprego e acarretou na falência ou recuperação judicial²¹⁰ de muitas sociedades empresárias, levando a uma nova interpretação do Direito do Trabalho. A necessidade de flexibilizar passa a ser uma alternativa à crise e passa a inspirar também o Judiciário Trabalhista, que já não é tão protetivo ao trabalhador como outrora o foi. Não se está aqui afirmando que o princípio protetor deixou de ser aplicado, ou que a jurisprudência não mais tende a favorecer o trabalhador, o que se está afirmando é uma leve mudança, um breve aceno para novo paradigma: a ponderação.

Algumas súmulas e orientações jurisprudenciais espelham a nova tendência dos tribunais trabalhistas:

OJ 159 da SDI-I do TST: Data de pagamento. Salários. Alteração. Diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou em instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art.468, desde que observado o parágrafo, do art.459, ambos da CLT.

OJ 275 da SDI-I do TST: Turno ininterrupto de revezamento. Horista. Horas extras e adicional. Devidos. Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional.

OJ 308 da SDI-I do TST: Jornada de trabalho. Alteração. Retorno à jornada inicialmente contratada. Servidor público. O retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art.468 da CLT, sendo a jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.

OJ 325 da SDI-I do TST: Aumento salarial concedido pela empresa. Compensação no ano seguinte em antecipação sem a participação do sindicato profissional. Impossibilidade. DJ 09.12.03. O aumento real, concedido pela empresa a todos os seus empregados, somente pode ser

²¹⁰Exemplo de empresas que estão passando ou passaram pela recuperação judicial: Varig, Mobilitá (Casa & Vídeo); Sata Transportes Aéreos, etc.

reduzido mediante a participação efetiva do sindicato profissional no ajuste, nos termos do art. 7º, VI, da CF/88.

OJ 339 da SDI-I do TST: Teto remuneratório. Empresa pública e sociedade de economia mista. Art. 37, XI, da CF/88 (anterior à Emenda Constitucional nº 19/98). Nova redação, DJ.04.05.04. As empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/88, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/1998. (Redação determinada pela Resolução 129, de 5 de abril de 2005).

OJ 342 da SDI-I do TST: Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Não concessão ou redução. previsão em norma coletiva. invalidez. exceção aos condutores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte coletivo urbano.

I – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88) inofensa à negociação coletiva.

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

Súmula 51 do TST: Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT.

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Súmula 277 do TST: Sentença normativa, convenção ou acordo coletivo. Vigência. repercussão nos contratos de trabalho.

I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Súmula 364 do TST: Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente.

I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições

de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

II - A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.

Súmula 391 do TST: Petroleiros. Lei nº 5.811/72. Turno ininterrupto de revezamento. Horas extras e alteração da jornada para horário fixo.

I - A Lei nº 5.811/72 foi recepcionada pela CF/88 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros.

II - A previsão contida no art. 10 da Lei nº 5.811/72, possibilitando a mudança do regime de revezamento para horário fixo, constitui alteração lícita, não violando os arts. 468 da CLT e 7º, VI, da CF/1988.

2.2. Princípio da norma mais favorável

Havendo conflito de normas aplicáveis a um mesmo trabalhador o intérprete deverá optar por aquela que lhe for mais favorável, independente da sua hierarquia formal. Resumidamente, o princípio determina a prevalência da norma mais favorável ao empregado. Diversamente do que ocorre nos outros ramos do direito em que um conflito de normas é resolvido pelo critério da superioridade da norma, ou pela sua especialização ou, ainda, cronologia, no Direito do Trabalho a regra é diversa, pois norteado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Neste caso, não há um respeito a hierarquia formal da norma e sim, em cada caso, a fonte que for mais benéfica ao empregado, desde que esteja acima do mínimo legal.

Luiz Pinho Pedreira da Silva²¹¹, afirma que o princípio da condição mais favorável sofre limitações de três tipos. A primeira de cunho instrumental (entre que normas atua); a segunda de caráter material, que diz respeito ao conteúdo das normas, e, por fim a última limitação aplicativa (de aplicação), em que questiona-se qual o método de comparação entre as normas deve ser utilizado, em suma, qual a norma mais favorável deve ser aplicada no caso concreto.

A comparação entre as fontes formais criadoras do direito do trabalhador, para fins de apuração da mais favorável, pode ser analisada a partir de três teorias: atomista, conglobamento e intermediária. Atomista é o critério de apuração da norma mais

²¹¹SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*, 2ª ed, LTr, São Paulo, 1999, p. 72.

favorável que leva em conta o benefício isolado contido em cada norma, aglutinando-os, acumulando-os numa só, sem levar em conta o contexto. Despreza a visão sistêmica. A segunda teoria, denominada do conglobamento ou do conjunto, se preocupa com a norma como um todo, respeitando seu conjunto. A norma só é escolhida depois de uma análise global e do confronto da mais favorável ao trabalhador. Neste caso, apenas uma prevalecerá em detrimento da outra, enquanto na teoria atomista ou da soma as normas são somadas e misturam-se. A teoria intermediária ou do conglobamento intermediário, última a ser criada, não faz a interpretação somando os benefícios de cada norma, mas as relativas ao mesmo grupo de matéria, nem ignora totalmente uma em prol de outra nem as mistura nas minúcias. Seleciona os institutos existentes entre as duas normas para cotejá-los e, a partir daí, escolher exclusivamente o mais benéfico de cada norma para aplicá-lo ao trabalhador.

Enquanto Martins Catharino²¹² defende a teoria do conglobamento, Américo Plá Rodríguez²¹³, Pinho Pedreira²¹⁴ e Süsskind²¹⁵ se posicionam pela teoria intermediária.

A jurisprudência também tem acolhido a teoria do conglobamento quando o conflito ocorre entre normas autônomas:

RECURSO DE REVISÃO. ABONO. REAJUSTE SALARIAL. NORMAS COLETIVAS. PREVALÊNCIA DE ACORDO COLETIVO EM DETRIMENTO DE CONVENÇÃO COLETIVA. Decisões ordinárias rejeitando a pretensão dos reclamantes, empregados aposentados, de perceberem majoração salarial no importe de 5,5% (cinco vírgula cinco por cento) e de abono no valor de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais). Pedidos formulados com apoio na Convenção Coletiva de Trabalho da Fenaban. Circunstância em que foi dada prevalência ao acordo coletivo formalizado em decorrência da privatização do reclamado em detrimento da convenção coletiva aludida, haja vista o princípio do conglobamento. TST, 6ª T, RR - 933/2002-095-15-00, Rel. Min. Horácio Sena Pires, DEJT - 14/08/2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISÃO. ACORDO COLETIVO 93/94. PREVALÊNCIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 93/94. De com a teoria do conglobamento e em respeito ao princípio da unicidade da norma coletiva, não se mesclam cláusulas de instrumentos coletivos diferentes, devendo prevalecer o acordo coletivo como norma mais favorável, em sua totalidade, conforme reconhecido pela instância

²¹²CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 110.

²¹³PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. cit., p. 58.

²¹⁴SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*, cit., p. 90.

²¹⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127.

ordinária. Precedentes desta Corte. Violação aos artigos 611, § 2º, e 620 da CLT não configurada. TST, 7ª T, AIRR - 35003/2002-900-01-00, Rel. Min. Caputo Bastos, DEJT - 14/08/2009.

PREVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NA CONVENÇÃO COLETIVA SOBRE AS DO ACORDO COLETIVO TEORIA DO CONGLOBAMENTO. Acordo coletivo de trabalho tem por objetivo a conquista e a manutenção de interesses e direitos de um grupo de empregados pertencentes a determinada empresa. Em havendo instrumento coletivo subsequente, ou mesmo antecedente, a exemplo da Convenção Coletiva de Trabalho, é assegurado ao Sindicato Profissional o direito de opção entre uma ou outra norma. Imprescindível, no entanto, que os destinatários do acordo coletivo autorizem seu órgão de classe a assim proceder, o que deve ser feito por regular assembleia. O que não se mostra juridicamente possível é a coexistência de acordo e convenção coletiva, com a possibilidade de fracionamento do alcance de suas normas, para que o empregado usufrua daquilo que lhe é interessante em um instrumento e repudie o outro que lhe parece menos vantajoso. O Regional deixa explícito que a sentença está fundamentada na Teoria do Conglobamento e o fez para repelir a pretensão do empregado. Por isso mesmo, a decisão embargada contrariando esse entendimento, para aplicar o princípio da norma mais favorável, inquestionavelmente, aplicou equivocadamente o art. 620 da CLT e ofendeu o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de embargos conhecido e provido. TST, SDI-I, RR561062/1999, Rel. Min. Milton de Moura França, DEJT 14/11/2008.

ACORDO COLETIVO – GARANTIA DE EMPREGO PARA OS EMPREGADOS DO BANESPA – NORMA ESPECÍFICA E MAIS BENÉFICA PREVALÊNCIA SOBRE CONVENÇÃO COLETIVA FIRMADA ENTRE FENABAN E SINDICATOS DE BANCÁRIOS CONCEDENDO REAJUSTE SALARIAL DE 5,5% – TEORIA DO CONGLOBAMENTO. EXEGESE DO ART. 620 DA CLT. REAJUSTE DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – NÃO DESRESPEITO À PARIDADE SALARIAL PREVISTA NO REGULAMENTO DE PESSOAL DO BANCO ENTRE ATIVOS E JUBILADOS. 1. O art. 620 da CLT fala em prevalência das ‘condições’ estabelecidas em convenção coletiva quando mais favoráveis àquelas previstas em acordo coletivo. O uso do plural leva ineludivelmente à conclusão de que o legislador não se afastou da teoria do conglobamento, segundo a qual cada instrumento normativo deve ser considerado no seu todo, e não cláusula a cláusula isoladamente. 2. O fundamento racional da teoria (as ‘boas razões’ de Norberto Bobbio para a positivação do Direito) está no fato de que as condições de trabalho estatuídas em instrumento normativo são objeto de negociação global, na qual determinada vantagem é concedida pela empresa ou sindicato patronal como compensação pela não-inclusão de outra, de tal forma que o conjunto das condições de trabalho e a remuneração passam a ser aceitáveis por ambas as partes. (...) (RR – 1001-2002-074-15-00, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 17/06/2005). No mesmo sentido, os seguintes julgados: RR-556-2002-066-15-00.6, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 12/8/2005; AIRR 695738/2000, DJ 4/5/2001, Relator: Juiz

Convocado João Amílcar Pavan; RR- 108-2002, DJ 15/10/2004,
Relator: Min. Vantuil Abdala, AIRR 20549-2002, DJ 7/11/2003,
Relator Min.Carlos Alberto Reis de Paula.

Na verdade, a possibilidade de escolha entre uma das teorias estudadas só pode ocorrer para os conflitos de normas autônomas.

Explica-se.

Não é possível aplicar a tese de prevalência da norma mais favorável, sob a ótica da teoria do conglobamento ou teoria intermediária, aos conflitos entre fontes heterônomas, pois emanadas do Estado ou confeccionadas com sua intervenção. Logo, não podem deixar de ser cumpridas, sob o argumento de que a outra norma é mais favorável em seu todo ou em relação a um instituto. Não pode ficar sob o crivo do empregador a faculdade de aplicá-las ou não. Criam direitos de natureza pública, inderrogáveis pela vontade das partes.

Assim, para os conflitos entre fontes heterônomas e heterônomas, ou entre uma heterônoma e outra autônoma, sempre prevalecerá o critério da norma mais favorável segundo a teoria atomista, salvo em dois casos:

- a) quando a própria lei determinar outro critério²¹⁶;
- b) nos casos de flexibilização autorizada por acordo coletivo ou convenção coletiva²¹⁷.

De acordo com o afirmado, é fácil concluir que as fontes autônomas ou profissionais só prevalecerão sobre as heterônomas sob o critério da acumulação (incluindo-se todas as regras de uma e de outra) quando mais benéficas. Jamais poderão excluir as benesses previstas em lei. Mas, quando houver conflito entre as fontes profissionais entre si, porque disciplinaram a mesma matéria (de característica privada) de forma diversa, prevalecerá a mais benéfica segundo uma das teorias acima (atomista, conglobamento e intermediária).

²¹⁶O artigo 3º, da Lei 7.064/82 autorizou a aplicação da norma mais favorável segundo a teoria intermediária para os conflitos entre a lei brasileira e a estrangeira.

²¹⁷Em sentido contrário, limitando a atuação da norma coletiva e, por isso, impedindo a flexibilidade a OJ 372 da SDI-I do TST: “MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 10.243, DE 27.06.2001. NORMA COLETIVA. FLEXIBILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 27.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.”

2.2.1. Exceções

A jurisprudência tem sido sensível à tendência flexibilizadora e adotado, cada vez mais exceções à regra da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.

Ressalte-se que sequer haverá conflito de normas quando uma das comparadas for inválida. Inválida é a norma inconstitucional, ilegal ou ineficaz. Isto quer dizer que uma lei estadual que cria direitos trabalhistas não terá validade e, por isso, não poderá se chocar com uma federal, já que cabe à União pode legislar²¹⁸ sobre Direito do Trabalho, na forma do art. 22, I da CRFB.

Outra limitação à aplicação da norma mais favorável ocorre quando uma delas, apesar de benéfica, violar a ordem pública, a moral, a Constituição, a lei ou os bons costumes. É o que ocorre quando uma norma coletiva concede aumento coletivo que contrarie lei de política salarial – art. 623 da CLT, ela não produz o efeito desejado. Ou quando o regulamento interno prevê valor de salário acima do teto constitucional, e, portanto, não pode ser aplicado, pois viola o artigo 37, X da CRFB. Os decretos regulamentadores que exorbitem dos limites da lei ou os autônomos, mesmo que criem vantagens para os empregados são ilegais, logo, não aplicáveis. Da mesma forma, nula cláusula de convenção e acordo coletivo que tenha vigência superior à legal – OJ 322 da SDI-I do TST.

Alice Monteiro de Barros²¹⁹ defende que o acordo coletivo prevalecerá sobre a convenção quando cronologicamente for ajustado depois da vigência deste. Há jurisprudência no sentido de que o acordo coletivo, mesmo que menos favorável, prevalece sobre a convenção seja pelo critério da especialidade²²⁰ seja pelo critério cronológico, seja pela flexibilização autorizada pela Constituição.

²¹⁸Excepcionalmente os estados podem legislar sobre Direito do Trabalho desde que haja delegação normativa prevista em lei complementar – art. 22, I parágrafo único da CRFB.

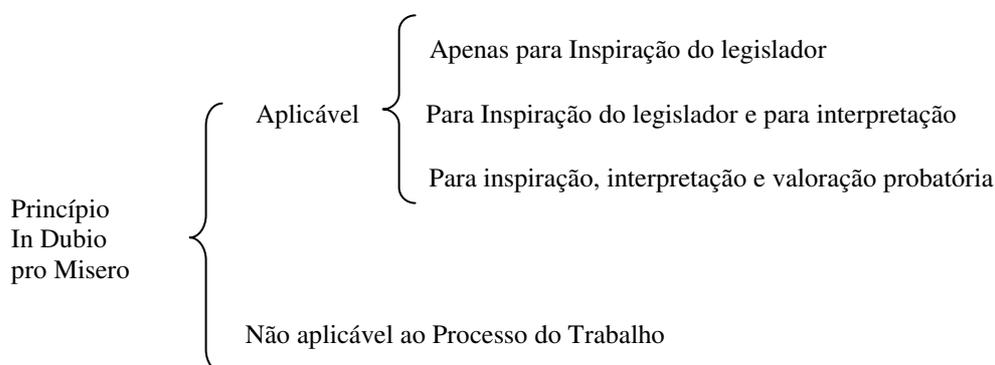
²¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 123.

²²⁰“COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REAJUSTES E ABONO ESTABELECIDOS EM CONVENÇÃO COLETIVA E NÃO RATIFICADOS EM ACORDO COLETIVO. OBSERVÂNCIA DO ART. 620 DA CLT E APLICAÇÃO DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO. I – O acordo coletivo, em razão de sua especificidade em relação aos empregados da empresa, deve ser preservado, pois é celebrado dentro de um contexto de concessões mútuas, no pleno exercício de autonomia negocial coletiva pelos sindicatos profissionais, que não pode ser desconsiderada, sob pena de frustração da atuação sindical na tentativa de autocomposição dos interesses coletivos de trabalho. II – Na interpretação dos ajustes coletivos prevalece o princípio do conglobamento, segundo o qual as normas coletivas devem ser observadas em sua totalidade e não isoladamente, pois, na negociação coletiva, os empregados obtêm

2.3. Princípio do *in dubio, pro misero*

O princípio recomenda que o intérprete opte pela interpretação mais favorável ao trabalhador, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta. Ou seja, quando emergir da norma dúvida acerca de sua aplicação, comportando mais de uma interpretação razoável, o exegeta deverá optar por aquela que beneficiar o empregado.

Maurício Godinho²²¹ afirma que sua inspiração tem base no princípio *in dubio pro reo*. Não é verdade, pois este é aplicável no âmbito processual penal, enquanto o princípio trabalhista incide sobre as divergências da lei material. Em virtude da confusão, e em face da semelhança de nomenclaturas, a doutrina diverge sobre sua aplicação ao direito processual trabalhista, existindo diversas correntes sobre o tema, abaixo resumidas:



benefícios mediante concessões recíprocas, sendo vedado aplicar, entre as disposições acordadas, apenas o que for mais benéfico aos trabalhadores. 3. É inviável a aplicação em parte da Convenção Coletiva, conjugando-se com o acordo coletivo firmado pela categoria, como feito pelo acórdão recorrido. O art. 620 da CLT não autoriza tal procedimento, devendo ser interpretado como determinante da aplicação da norma mais favorável em seu conjunto, e não de forma parcelada. Esse tem sido o entendimento do TST, conforme os precedentes citados. Recurso conhecido e desprovido. TST, 4ªT., RR, 638/2003-066-15-00.1, Rel. Barros Levenhagen, DJU 07/12/ 2006.”

²²¹Maurício Godinho. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 6ª ed, 2007, p. 212.

Os defensores da aplicação do princípio ao direito processual do trabalho se dividem: uns²²² limitam sua incidência apenas para inspirar o legislador processual, enquanto outros²²³ o aplicam também para interpretação das normas processuais. Por último, os mais radicais²²⁴, no sentido de sua aplicação também valoram²²⁵ as provas processuais. Ora, por se tratar de um princípio de direito material, não se aplica ao processo do trabalho, salvo quando tiver caráter informativo para o legislador, seja ele processual ou material.

Absurda a prática do “na dúvida o juiz deve valorar a prova a favor do empregado para protegê-lo”, pois este procedimento viola o princípio da imparcialidade do juiz e da igualdade de tratamento das partes. Ademais, existe a divisão do ônus probatório (art. 333 do CPC), e o princípio processual da persuasão racional ou convencimento motivado.

Sérgio Pinto Martins²²⁶, Maurício Godinho²²⁷ e Alice Monteiro de Barros²²⁸ não concordam com a aplicação do princípio *in dubio pro operario* para o exame de fatos e provas no campo processual.

2.3.1. Requisitos

O princípio em estudo só poderá ser aplicado quando preenchidos dois requisitos simultaneamente:

- a) somente quando exista dúvida razoável sobre o alcance da norma legal; e

²²²Wagner Giglio neste sentido. GIGLIO, Wagner. Direito Processual do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76.

²²³BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 78.

²²⁴Américo Plá Rodriguez afirma que: “cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso.”, mais adiante o autor justifica seu entendimento sob o argumento de que “o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos.” PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho, cit., p. 47.

²²⁵Convém ressaltar que valorar é diferente de avaliar a prova. Valorar, segundo Bebbber pode ser a mera contemplação, sem comparação ou confrontos, acrescenta que “o crítico de arte valorar um quadro ou uma estátua, porque os compreende sob um prisma valorativo, em seu sentido ou significado.”, não avaliando o preço e sim valorando a arte. BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 78.

²²⁶MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo, 13ª ed., 2001, p. 95.

²²⁷DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 6ª ed., 2007, p. 213.

²²⁸BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2006, p. 173.

b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade expressa do legislador.

Exemplo de interpretação favorável ao trabalhador: de acordo com o art. 7º, XVII, da CRFB, é direito do trabalhador: “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”. Apesar de a Lei Maior ser expressa que o terço só incide quando do gozo das férias, isto é, que o acréscimo pecuniário tem destinação de favorecer que o empregado gaste mais nas férias com a sua diversão, a interpretação majoritária é no sentido de que o terço pecuniário é devido inclusive quando as férias não são gozadas e sim indenizadas. Isto se explica porque o empregador não pode se valer de sua própria torpeza. Logo, não pode deixar de pagar aquilo que teria pago se tivesse concedido as férias, como determina a lei.

Outro exemplo: a melhor interpretação do art. 477, parágrafo 6º da CLT é aquela que induz ao entendimento de que os prazos ali previstos para pagamento das parcelas da rescisão se aplicam a todas as hipóteses de extinção do pacto, independente da emissão, pelo empregador, do termo ou recibo de quitação como menciona expressamente o parágrafo. Assim, despreza-se a interpretação literal do dispositivo legal optando-se pela interpretação extensiva favorável ao empregado. Ademais, não seria justo o empregador que demitiu sem nada pagar nem confessar o que teve não ter prazo para pagar, enquanto o que emite o termo de rescisão, confessando sua dívida, mas não paga, tem prazo.

Há orientações jurisprudenciais e súmulas do TST que bem retratam o cenário de interpretação de texto legal de forma favorável ao trabalhador:

OJ 14 da SDI-I do TST: Aviso prévio cumprido em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento. Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.

OJ 261 da SDI-I do TST: Bancos. Sucessão trabalhista. As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.

OJ 307 da SDI-I do TST: Intervalo intrajornada (para repouso e alimentação). Não concessão ou concessão parcial. Lei nº 8.923/94. DJ 11.08.03. Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de,

no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).

OJ 354 da SDI-I do TST: Intervalo intrajornada. Art. 71, § 4º, da CLT. Não concessão ou redução. Natureza jurídica salarial. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

OJ 361 da SDI-I do TST: Aposentadoria espontânea. Unicidade do contrato de trabalho. Multa de 40% do FGTS sobre todo o período. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

Súmula 60 do TST: Adicional noturno. Integração no salário e prorrogação em horário diurno. I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.

Súmula 360 do TST: Turnos ininterruptos de revezamento. Intervalos intrajornada e Semanal. A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/1988.

Súmula 372 do TST: Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs. 45 e 303 da SDI-I).

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.

Súmula 376 do TST: Horas extras. Limitação. Art. 59 da CLT. Reflexos.

I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exige o empregador de pagar todas as horas trabalhadas.

II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no "caput" do art. 59 da CLT.

Súmula 390 do TST: Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

De forma contrária, demonstrando a tendência flexibilizadora, há posicionamentos que contrariam o princípio *in dubio pro misero*:

OJ 272 da SDI-I do TST: Salário mínimo. Servidor. Salário-base inferior. Diferenças. Indevidas. A verificação do respeito ao direito ao salário mínimo não se apura pelo confronto isolado do salário-base com o mínimo legal, mas deste com a soma de todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado diretamente do empregador.

OJ 355 da SDI-I do TST: Intervalo interjornadas. Inobservância. Horas extras. Período pago como sobrejornada. Art. 66 da CLT. Aplicação analógica do § 4º do art. 71 da CLT. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

OJ 365 da SDI-I do TST: Estabilidade provisória. Membro de conselho fiscal de sindicato. Inexistência. Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT).

OJ 369 da SDI-I do TST. Estabilidade provisória. Delegado sindical. Inaplicável. O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/1988, a qual é dirigida, exclusivamente, àqueles que exerçam ou ocupem cargos de direção nos sindicatos, submetidos a processo eletivo.

Súmula 351 do TST: Professor. Repouso semanal remunerado. Art. 7º, § 2º, da Lei nº 605, de 05.01.1949 e art. 320 da CLT. O professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro semanas e meia.

Súmula 358 do TST: Radiologista. Salário profissional. Lei nº 7.394, de 29.10.1985. O salário profissional dos técnicos em radiologia é igual a 2 (dois) salários mínimos e não a 4 (quatro).

Súmula 369 do TST: Dirigente sindical. Estabilidade provisória.

I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT.

II - O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

III - O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Súmula 370 do TST: Médico e engenheiro. Jornada de trabalho. Leis nº 3.999/1961 e 4.950/1966. Tendo em vista que as Leis nº 3.999/1961 e 4.950/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias.

Súmula 371 do TST: Aviso prévio indenizado. Efeitos. Superveniência de auxílio-doença no curso deste. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.

2.4. Princípio da primazia da realidade

De acordo com o artigo 112 do CC: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Assim como o Direito Civil prioriza a vontade à formalidade, de forma similar o princípio da prevalência da realidade, não tão peculiar ao Direito do Trabalho, defende que os fatos ocorridos prevalecem sobre as informações literais contidas em documentos e no contrato. Por isso, Arnaldo Süssekind²²⁹ afirma “que a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não corresponda à realidade”. Da mesma forma comenta Plá Rodriguez²³⁰: “isto significa que, em matéria trabalhista, importa o que ocorre na prática mais do que as partes pactuarem, em forma mais ou menos solene ou expressa, ou o que se insere em documentos, formulários e instrumentos de contrato”.

²²⁹SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 18ª ed., Vol. 1, 1999, p. 173.

²³⁰PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho, cit., p. 53.

Em virtude da sua inferioridade jurídica, já que se subordina a situações mentirosas desfavoráveis para manter o emprego, o que acarreta coação presumida, o princípio destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Seu estado de sujeição é permanente, pois a necessidade do emprego o obriga a práticas de atos contrários aos seus interesses.

Desta forma, mesmo que os cartões de ponto não noticiem jornada extraordinária, mas de fato o empregado comprovar que as laborou, prevalece a realidade sobre os documentos. Empregado recebe R\$ 1.300,00 mensais, cujos contracheques noticiam o valor de um salário mínimo, porque a diferença era paga “por fora”, prevalece o real valor pago ao constante nos recibos salariais. Empregado que exerce a função de caixa, cujo piso é de R\$700,00, mas tem anotada em sua Carteira de Trabalho a função de servente, tem direito à retificação da carteira, bem como às diferenças salariais.

Apesar da simplicidade do princípio em estudo, alguns questionamentos merecem análise mais aprofundada:

1ª Controvérsia

A prevalência da realidade não pode ser um princípio absoluto e, por isso, deve ser relativizado quando sua aplicação violar a lei, a ordem jurídica, a moral, a ética e os bons costumes. Tais patamares devem servir de barreira de contenção, de limite. Absurda a tese de que a proteção ao trabalhador pode sobrepor-se à lei, à moral e aos bons costumes. Todavia, tal posição não é unânime porque o princípio da proteção ao trabalhador muitas vezes é exageradamente aplicado e está entranhado na mentalidade dos operadores deste ramo do direito.

O exemplo abaixo bem espelha os limites do princípio em estudo²³¹:

Logo, mesmo que o empregado de fato exerça a função de enfermeiro, mas não tem habilitação legal para tanto, pois não fez o curso necessário para sua formação profissional, não poderá pretender os salários destinados ao piso da categoria, pois seu trabalho fere a lei, e seu contrato pode ser considerado nulo, por objeto ilícito, na forma dos artigos 104 e 606 do CC. Tampouco poderá pretender a equiparação salarial, pelos mesmos motivos. Assim também a OJ 296 da SDI-I do TST.

²³¹CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 205-206.

O Judiciário é o guardião da lei e, por isso, deve coibir as irregularidades. Pouco importa se a função ilegalmente exercida é técnica (vigilante, técnico de radiologia, técnico de enfermagem) ou intelectual, de nível superior (médico, engenheiro, arquiteto etc), pois o exercício ilegal de qualquer profissão é repudiado pelo Direito, sendo considerado, inclusive, crime.

Logo, a primeira controvérsia, em relação ao princípio da primazia da realidade, diz respeito a como o intérprete deve se posicionar quando o princípio violar a lei. A solução está na ponderação entre o interesse do trabalhador e o interesse da sociedade, devendo ser valorado aquele que se coaduna com a função social do direito. Logo, não deve ser permitido o exercício ilegal da profissão. O direito tem que ser usado dentro de sua finalidade, de seu fim social. Afinal, o direito serve ao homem e não o homem ao direito. Não se afina com a nova visão social e ética, o Judiciário permitir que a realidade prevaleça para gerar efeitos positivos ao que perpetrou a ilegalidade, máxime quando constituir crime, violar a ética, a moralidade e bons costumes.

A jurisprudência é vacilante, pois ora protege o empregado, mesmo que isto viole a ordem jurídica, ora limita a aplicação do princípio da primazia da realidade, priorizando a lei.

A favor do empregado as jurisprudências abaixo:

Técnico em radiologia - habilitação profissional. O fato da reclamante não possuir habilitação profissional não elide o seu direito ao reconhecimento do exercício da função respectiva, se a autora, efetivamente, exercia o cargo de Técnica em Radiologia (inclusive, respondendo pela área, na empresa). Provado o exercício da função, a reclamante tem direito ao registro de sua Carteira Profissional, com a função efetivamente exercida, bem como direito a todos os benefícios garantidos à categoria. TRT 3ª Reg., 1ª T, 00773-2004-028-03-00-7, Rel. Juiz Manuel Cândido Rodrigues, DJMG 22-10-2004.

Equiparação salarial - formação profissional - Uma vez comprovados os requisitos do artigo 461, CLT, é irrelevante o fato de o paradigma possuir formação acadêmica e habilitação legal para o exercício da função, quando disto não resulta distinção no desempenho da atividade laboral. A exigência de formação e de habilitação profissional há de ser observada pelo empregador. Se não o faz, está obrigado a remunerar o empregado não qualificado da mesma forma que remunera o empregado qualificado exercente de igual função. TRT, 3ª Reg., 4ª T, RO 805/2000, Juiz João Bosco Pinto Lara, DJMG 24-06-2000.

Técnico de laboratório e radiologia. Falta de habilitação profissional. Lei nº 3.999, de 1991 - Alcance. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar ou técnico de laboratório não afasta a observância das regras previstas pela Lei nº 3.999/61, uma vez comprovada a prestação de serviços nessas atividades, diante do princípio da primazia da realidade, inerente ao direito do

trabalho. TRT, 15ª Reg., 1ª T, RO 2282/ 2000, Rel. Juiz Luiz Antonio Lazarim, DOE 01-10-2001.

Súmula 301 do TST. Auxiliar de laboratório. Ausência de diploma. Efeitos. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº 3.999, de 15.12.1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade.

Afastando o princípio da primazia da realidade:

Instrutor de ensino profissionalizante. Curso de educação Alimentar e arte culinária. Enquadramento na classe de professores. Inviabilidade. O exercício da função de instrutor de ensino profissionalizante, com atividade teórica e prática em curso de educação alimentar e arte culinária, com ênfase em prática profissional, no setor industrial e comercial, por si só, não caracteriza nem enquadra o instrutor na categoria profissional diferenciada de professor. Não ficando descartado, porém, que tal atividade possa ser exercida por professores, desde que o profissional possua habilitação técnica própria e específica, além do registro no Ministério da Educação e Cultura - MEC, nos termos do art. 317 da CLT. Evidenciado pelo Tribunal Regional que não restaram atendidos os requisitos legais - a habilitação legal e registro no MEC -, não há como se reconhecer a existência de diferenças salariais decorrentes do exercício de “magistério”. TST, 4ª T, RR 470356/98, Rel. Min. José Antônio Pancotti, DJU 14/11/2003.

O exercício da função de segurança por meio de empresa não especializada em vigilância, não enquadra o trabalhador como vigilante. Piso. Diferenças salariais incabíveis. O exercício da profissão de vigilante necessita de aprovação em curso de formação profissional e registro prévio na polícia federal e só pode ser intermediado por empresa especializada autorizada a funcionar pelo Ministério da Justiça. TRT, 1ª Reg., 8ª T, Proc. 01603.2003.070.01.00.5, Rel. Vólia Bomfim Cassar, sessão do dia 14/09/05.

OJ 125 da SDI-I do TST: desvio de função. Quadro de carreira. O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988.

OJ 296 da SDI-I do TST: Equiparação salarial. Atendente e auxiliar de enfermagem. Impossibilidade. Sendo regulamentada a profissão de auxiliar de enfermagem, cujo exercício pressupõe habilitação técnica, realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem, impossível a equiparação salarial do simples atendente com o auxiliar de enfermagem.

Absurda a tese esposada pela OJ 125 da SDI-I do TST, que autoriza o pagamento das diferenças salariais ao empregado público desviado de sua função, sem concurso público, seja porque viola de morte o art. 37, II da CRFB, que exige o concurso público para investidura de cargo e emprego público, seja porque contraria a Súmula do 363 TST). Além disso, estimula a fraude aos concursos e o desvio de função.

Outro exemplo expresso tanto na jurisprudência como na lei (art. 19-A da Lei 8.036/90) é a concessão de FGTS ao empregado público admitido sem concurso. A nulidade do contrato decorre do comando constitucional (art. 37, II da CRFB) e, por isso, não poderia produzir os efeitos de um contrato válido, eficaz. A contratação de empregados sem concurso público premia o nepotismo, a sangria nos cofres públicos, fraudas a regra do concurso público e alimenta fraudes e terceirizações efetuadas irregularmente por meio de cooperativas ou outras entidades inidôneas financeiramente. Por isso, não poderia ser concedida qualquer vantagem trabalhista ao empregado, em face da nulidade contratual.

2ª Controvérsia

O segundo ponto de questionamento está na possibilidade ou não de aplicação do princípio para prejudicar o trabalhador, pois isto violaria o princípio da proteção ao empregado.

Assim, se uma empregada que executa trabalhos exclusivamente domésticos em casa de família, mas tem sua CTPS assinada pela pessoa jurídica da qual o patrão é o sócio majoritário, será enquadrada como doméstica ou como urbana (regida pela CLT)? Explica-se. A Lei 5.859/72 determina que o empregador doméstico seja uma pessoa física e, em face do princípio da aplicação norma mais favorável ao trabalhador, deveria ser aplicada a CLT para reger todo o contrato. Por outro lado, como de fato a empregada executava serviços domésticos e o patrão de fato era a pessoa física, que não se valia da mão-de-obra doméstica para fins lucrativos, poderia ser aplicado o princípio da primazia da realidade, mesmo em prejuízo ao trabalhador. Esta última é a nossa posição, devendo a parte ou o Judiciário retificar a CTPS da empregada para passar a constar o real empregador (pessoa física), apesar da CLT conter mais benesses que a lei do doméstico - artigo 112 do CC.

Há decisões no mesmo sentido:

CARTÓRIO (PESSOA JURÍDICA). RECLAMANTE EMPREGADA DOMÉSTICA (PRESTANDO SERVIÇOS NA RESIDÊNCIA DO TABELIÃO). RECLAMAÇÃO AJUIZADA EM FACE DO CARTÓRIO MEDIANTE A QUAL SE PUGNA PELO PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. 1. A Lei 5.859/72 define empregado doméstico como aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família, no âmbito residencial destas. 2. A decisão regional que defere à reclamante o pagamento de horas extras apesar de reconhecer sua condição de empregada doméstica, viola o art. 1º da Lei 5.859/72. TST, 5ª T, TST-RR-535.241/1999.6, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ - 20/08/2004.

Entretanto, esta não é a posição majoritária, pois a tendência ainda é a de proteger o trabalhador, não aplicando o princípio da primazia da realidade.

2.5. Princípio da integralidade e da irredutibilidade salarial

O princípio da irredutibilidade salarial está explícito no art. 7º, VI, da CRFB e implícito no artigo 468 da CLT. Entretanto, a Constituição permite a redução de salário mediante acordo ou convenção coletiva – art. 7º, VI, da CRFB.

Isto quer dizer que, o direito à irredutibilidade do salário se funda não só no princípio tutelar do trabalhador, pois sua subsistência depende do pagamento do salário, como também da força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda*, em que qualquer modificação que prejudique o trabalhador é nula de pleno direito – art. 468, CLT. A impossibilidade de alteração contratual inclui tanto a mudança do valor quanto a forma de pagamento do salário, quando for prejudicial ao trabalhador.

A redução proibida inclui tanto a direta quanto a indireta. Entende-se como redução direta aquela que reduz, de forma ilegal, o valor nominal do salário ajustado. Como indireta a redução que reduz o número de peças ou a quantidade de serviço, para aqueles que recebem por unidade de obra, ou a jornada, de forma a afetar o valor numérico do salário. Nesta hipótese, poderá o empregado valer-se da despedida indireta prevista no art. 483, g, da CLT. A medida de proteção visa a estabilidade econômica do trabalhador que não pode ficar sujeito às oscilações salariais.

A possibilidade de redução salarial já tinha sido autorizada pelo artigo 503 da CLT, que previa que, em caso de força maior ou prejuízos que afetassem a economia da

pessoa jurídica, o empregador poderia reduzir os salários de todos os seus empregados, na proporção de 25%, respeitado o salário mínimo. Todavia, o dispositivo legal acima referido foi totalmente revogado²³² - ²³³ pela Lei 4.923/65, que disciplinou a mesma matéria de forma diversa.

Por sua vez, a Lei 4.923/65 não foi recepcionada pelo artigo 7º, VI da CRFB, salvo no que tange à sua motivação. Isto é, continua vigente o *caput* do art. 2º da Lei 4.923/65, ou seja, só poderá ser admitida a redução salarial, quando o empregador comprovadamente estiver atravessando dificuldades econômicas e desde que autorizada por norma coletiva. Não foi recepcionada a exigência legal de que a redução do valor nominal do salário deve importar na correspondente redução do número de horas trabalhadas pelos empregados, nem mesmo o prazo máximo de três meses e o limite de redução de 25%.

Sérgio Pinto Martins²³⁴, posicionando-se de forma diversa, sustenta que a Lei 4.923/65:

(...) foi derogada pela Constituição Federal, na parte que determina o prazo de três meses para redução, limite de 25% da redução, proibição de retirada de gratificações, de admissão de novos empregados por seis meses e de prestação de horas extras.

De acordo com este autor todas estas condições podem ser modificadas mediante acordo ou convenção coletiva.

Na verdade, a Constituição deu ampla legitimação aos sindicatos para, por meio dos convênios coletivos, estipularem a redução salarial. Cada categoria escolherá os parâmetros a serem respeitados, desde que o motivo seja para defender a manutenção da saúde da sociedade empresária ou empresário. Esta é a melhor interpretação para harmonizar o princípio da proteção ao trabalhador, da irredutibilidade salarial e da função social da empresa (art. 170 da CRFB).

²³²Da mesma forma entendem Amauri Mascaro Nascimento, Carrion e Sússekind. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 810; CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 330; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2005, v. 1, p. 444-445.

²³³Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho defendem a recepção parcial do artigo 503 da CLT. Alice acrescenta que a redução só é possível por meio de acordo e convenção coletiva, daí o motivo da recepção parcial. Por outro lado, Godinho afirma que apenas a motivação (força maior) estaria vigente. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 769. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 733.

²³⁴MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 19. ed, São Paulo: Atlas, 2004, p. 304/305.

Ademais, após a inclusão do art. 58-A a CLT será sempre possível a redução salarial em percentual superior a 25%, pois o § 2º do referido dispositivo legal autoriza qualquer redução de jornada, desde que não ultrapasse 25 horas semanais e seja autorizado por norma coletiva.

Amauri Mascaro Nascimento²³⁵ também defende que a redução salarial terá as dimensões resultantes da negociação coletiva.

O que não se admite é a redução salarial, mesmo que autorizada por norma coletiva, sem que seja em benefício do empregado (no caso de redução de jornada proporcional a pedido seu) ou para sobrevivência da pessoa jurídica, do empregador. Diminuição salarial para aumento dos lucros constitui abuso do direito e deve ser declarada nula.

2.6. Princípio da continuidade da empresa, ou da função social da empresa

O medo de comprometer o patrimônio particular e enfrentar os riscos de um negócio, a necessidade de reunir esforços de várias pessoas para investimento comum em um determinado empreendimento, a insegurança de confiar a alguém a administração de seu capital, dentre outros, eram os principais fatores que inibiam os investidores na criação de atividade econômica produtiva, na criação de empresas.

É interesse do Estado a criação e manutenção de pessoas jurídicas, por ser importante instrumento da economia de mercado, pois é por meio delas que se aumenta a arrecadação de tributos, incrementa-se o desenvolvimento econômico, produz emprego e desenvolvimento ao país. A pessoa jurídica exerce forte função social no cenário jurídico.

Portanto, a criação de uma figura jurídica que autorizasse a reunião de pessoas, protegesse seus patrimônios pessoais e limitasse a responsabilidade destas, reduzindo os riscos do empreendimento, seria a forma de incentivar o investimento e fomentar a criação de empresas. A solução estava na criação de um ente autônomo, com direitos e obrigações próprias, ente distinto de seus membros; uma sociedade personificada, isto é, com personalidade jurídica diversa da de seus sócios.

²³⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 811.

A criação da pessoa jurídica permitiu o exercício da atividade empresarial. Mas, o exercício desta atividade está limitada à sua função social.

O artigo 170 da CRFB implicitamente reafirmou e deu status constitucional ao princípio da função social da empresa. Apesar do dispositivo se referir à função social da propriedade, fácil é concluir que a empresa é uma das formas de exercício da propriedade. Aí está a relação entre propriedade, empresa e Direito do Trabalho será abaixo estudada.

Grande parte da população depende diretamente da pessoa jurídica seja porque proporciona desenvolvimento, pelos tributos que o Estado por meio dele arrecada, dos produtos e produz e faz circular e dos empregos que cria.

Daí porque a preocupação com manutenção e saúde da sociedade empresária é de interesse coletivo e do Estado. Por este motivo o princípio da função social da empresa pugna pela prioridade da sobrevivência da empresa em casos de dúvida acerca de sua continuidade ou encerramento, fazendo com que prevaleça seus interesses a médio e longo prazo, sobre o interesse daqueles que preferem sua extinção, que tendem a pensar a curto prazo, de modo egoísta ou individualista.

Há duas formas de abordar o princípio da preservação da empresa. A primeira destina-se à manutenção da sociedade, para evitar sua dissolução, quando, por exemplo, há morte, briga ou saída de um dos sócios. O princípio também pode ser analisado pelo viés dos interesses a serem protegidos enquanto a pessoa jurídica estiver em funcionamento, isto é, seu exercício está condicionado ao respeito do direito dos trabalhadores sem que isto coloque em risco sua existência.

Isto quer dizer que, quando os interesses da sociedade empresária se conflitarem com os de seus empregados ou de seus consumidores, o que acontece com certa frequência, é necessário ponderar interesses para priorizar o mais importante no caso concreto: a função social da empresa ou a proteção do trabalhador.

Fábio Comparato²³⁶ conceitua a função social da empresa:

(...) a noção de função, no sentido que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mas especificadamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa

²³⁶COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade e dos bens de produção. Dicionário Empresarial – estudos e pareceres, 1990, p. 32.

função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Os artigos 170, 182, parágrafo 2º e 186 da CRFB esclarecem qual é a função social da propriedade:

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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

(...)

Art. 182 (...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

(...)

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da empresa também impregnou a legislação infraconstitucional, como, por exemplo, nos artigos 116, parágrafo único e 154 da Lei 6.404/76:

Art. 116 (...)

Parágrafo único - O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a

comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

(...)

Art. 153 – O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

A Lei no 11.101/05 também se referiu à função social da empresa:

Art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua **função social** e o estímulo à atividade econômica (grifos nossos).

A Lei 8.884/94 que foi editada para evitar o abuso do poder econômico também se refere à função social da empresa:

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão à infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Fábio Comparato²³⁷ afirma que, na proteção constitucional da propriedade se inserem, também, os bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real e que, por conseqüência, “também o poder de controle empresarial, o qual não pode ser qualificado com um *ius in re*, há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade.”. A partir daí traça um paralelo entre a propriedade e a empresa para defender a existência de sua função social. Na verdade, a empresa se insere no conceito de bens de produção e, por isso, confere ao seu titular o status e encargo do titular da propriedade.

José Afonso da Silva²³⁸, da mesma forma, defende que o princípio constitucional da função social da propriedade “ultrapassa o simples sentido de elemento conformador de uma nova concepção de propriedade como manifestação de direito individual, que ela, pelo visto, já não o é apenas, porque interfere com a chamada propriedade empresarial” e conclui que o “direito de propriedade (dos meios de produção

²³⁷COMPARATO, Fábio Conder. Estado, empresa e função social. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996. p. 43-44.

²³⁸SILVA, José. A. Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 287.

principalmente) não pode mais ser tido como um direito individual”, devendo atender às necessidades da sociedade, isto é, à sua função social.

Atender às diretrizes apontadas pelos comandos dos princípios constitucionais é dever do intérprete, assim como dar máxima eficiência²³⁹ às normas constitucionais. A resolução dos conflitos de normas constitucionais, como já analisado, resolve-se pela ponderação de interesses. A funcionalização²⁴⁰ do uso da propriedade e, como conseqüência, do uso da empresa, deve ser pautada pelo bem estar da coletividade, pelo bem estar social. Nas palavras de Comparato²⁴¹ “trata-se de uma liberdade-meio, ou liberdade condicional”.

O desvio do exercício da sociedade empresária e de sua finalidade social acarreta em abuso do direito, como bem salienta Heloísa Carpena²⁴². A empresa gozará de liberdade enquanto respeitar os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, do meio ambiente etc. Não se pretende, com isso, transferir ao empresário a obrigação do Poder Público de criar empregos, manter as finanças públicas e o meio ambiente, mas apenas exigir que as empresas desempenhem papel importante na sociedade e com ela colaborem. No que toca o Direito do Trabalho, a empresa deve apenas respeitar os direitos do trabalhador, sem abuso. Em outras palavras.

Modesto Carvalhosa²⁴³ acrescenta que:

Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais, considerando-se principalmente três as modernas funções da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados (...) a segunda volta-se ao interesse

²³⁹O princípio da máxima eficiência ou eficácia determina que o intérprete deve atribuir às normas constitucionais o sentido que lhes dê maior eficácia, isto é, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é realizar, efetivar, dar execução a Constituição. Faz com que o intérprete assuma uma postura de extrair o máximo de capacidade de regulação, de efetividade, de coerção das normas constitucionais. Pois, efetividade é um instituto sociológico e não jurídico, cujo significado é o de respeitabilidade. Portanto, conclui-se que o que se busca é a obediência às normas constitucionais. A nenhuma norma pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser.

O princípio da eficiência pode ser utilizado também efetivar direitos constitucionais trabalhistas. Um bom exemplo é a aplicação da CLT aos domésticos, bem como das leis especiais, apenas para dar exequibilidade aos novos direitos que lhe foram estendidos por força do parágrafo único do artigo 7º da CRFB. Muitos dos direitos ali apontados dependeriam, se não fosse utilizado o método em estudo, de regulamentação especial para sua efetivação.

²⁴⁰Funcionalizar determinado direito significa condicionar seu exercício aos interesses maiores da sociedade e é neste sentido que hoje é vista a função social da propriedade e do contrato.

²⁴¹COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 290, 1985, p. 10.

²⁴²CARPENA, Heloísa. Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

²⁴³CARVALHOSA, Modesto *Apud* PEREZ, Viviane. A função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. Trabalho final de disciplina de direito civil. Mestranda da Uerj, 2005, p. 15.

dos consumidores (...) a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes (...) E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.

Viviane Perez²⁴⁴ divide a função social da empresa em dois aspectos: “a) endógena – relativa às relações entre os agentes internos da empresa; b) exógena – relativa às relações com os centros de interesse externos à empresa”. O primeiro²⁴⁵ deve ser perseguido quando a pessoa jurídica estiver em funcionamento, sem riscos extinção e está relacionado à observância pelo empresário de todos direitos dos seus trabalhadores, sem abuso e tem base no inciso VIII do artigo 170 da CRFB. A sociedade empresária que está funcionando não pode utilizar o direito de forma abusiva em detrimento dos direitos do trabalhador. Ademais, de acordo com o artigo 187 do Código Civil equipara-se ao ato ilícito o ato praticado com abuso do direito. Neste sentido, considera-se abuso do direito o exercício de um direito subjetivo ou de prerrogativas individuais de forma exacerbada, fora dos limites normais que são baseados em princípios de comportamento e de direito, que importe em atos que violem a ética, a moral, a boa-fé, os bons costumes, o bem comum e a função social do direito²⁴⁶.

Conclui-se, pois, que o empregador que, sem necessidade, utiliza o instituto da flexibilização para não pagar mensalmente as horas extras devidas, sob a roupagem de “banco de horas”²⁴⁷, em detrimento do direito dos trabalhadores e em favor do aumento de seus lucros; ou que aumenta o horário noturno para 60 minutos²⁴⁸; ou reduz o valor adicional de periculosidade, mesmo que por meio de norma coletiva, etc²⁴⁹, abusa do direito previsto no artigo 7º, XIII da CRFB, viola o princípio da proteção ao trabalhador consagrado no artigo 7º *caput* da CRFB; prioriza o capital ao trabalho humano, ferindo

²⁴⁴PEREZ, Viviane. A função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito, cit., p. 15.

²⁴⁵A autora também inclui entre os interesses endógenos, o respeito, que a sociedade deve ter aos interesses dos sócios, ou acionistas, imposto pelo administrador ou sócio majoritário como, por exemplo, determina o artigo 116, parágrafo único da Lei 6.404/76.

²⁴⁶Imaginemos uma hipótese em que o empregador efetuou acordo judicial para pagar R\$5.000,00 no dia 07/03/2010. No dia determinado comparece com a quantia em moedas de 10 centavos carregadas em três grandes malas, por exemplo. Certamente o fez para expor o ex-empregado à ridícula situação de passar horas contando e, mesmo que consiga conferir, não conseguirá carregá-las, pois não levou malas. Praticar tal ato é usar o direito de quitar a dívida de forma contrária à ética, à moral, à função social do direito, já que o ex-patrão exacerbou, exagerou, usou seu direito como método de vingança, como mecanismo de exposição humilhante do credor.

²⁴⁷Banco de horas é a nomenclatura dada ao acordo de compensação de até um ano, na forma do artigo 59, parágrafo 2º da CLT.

²⁴⁸De acordo com o artigo 73 da CLT a hora noturna é de 52’30’’.

²⁴⁹No Rio de Janeiro há norma coletiva de determinada categoria renunciando ao vale-transporte, sem motivo aparente. Este ato é abusivo, pois sem a necessária motivação: preservação da saúde da empresa.

o princípio da valorização do trabalho humano, princípio também consagrado constitucionalmente.

A norma coletiva que reduz direitos trabalhistas previstos em lei sem a correspondente necessidade de manutenção da saúde da pessoa jurídica, isto é, apenas para manter ou aumentar a lucratividade do empregador, constitui abuso do direito²⁵⁰. A pessoa jurídica que demite todos os seus empregados por justa causa, apenas para ganhar tempo para pagar as parcelas devidas em decorrência da extinção do contrato, abusa do direito de demitir, ferindo a função social da empresa.

O empresário que contrata seus empregados por empresas intermediadoras ou colocadoras de mão-de-obra, subcontratando-os, muitas vezes para sua atividade fum, sob o argumento de baratear os custos, comete abuso do direito e atinge frontalmente a sua função social.

A inobservância dos direitos dos trabalhadores, como o pagamento pontual de seus salários e sobre-salários previstos em lei ou em normas coletivas, o tratamento ético, urbano e livre de assédio; o abuso no exercício de direitos dirigidos ao patrão como o de despedir, o de flexibilizar, o de variar algumas condições de trabalho (*ius variandi*), acarreta a não observância da função social da empresa e o abuso dos direitos.

Neste caso, o princípio da proteção, sob o critério da ponderação, deve ser priorizado e aplicado e o princípio da função social a ele subordinado.

Apenas na hipótese da sociedade empresária ou empresário estar atravessando graves crises econômicas, haverá supremacia do princípio da preservação da empresa em detrimento do princípio da proteção ao trabalhador, pois, em última análise, mantendo-se a empresa, mantêm-se os respectivos postos de trabalho, evitando o desemprego, assim como suas outras finalidades sociais. Se, ao contrário, estiver em funcionamento, fora do cenário de discussão de sua manutenção física ou extinção física, prevalecerá sempre a pessoa à coisa, o ser ao ter, o trabalhador às vantagens econômicas lucrativas do empresário.

A Lei 11.101/05 reflete a mudança de paradigma, pois prioriza a função social da empresa sobre os direitos dos trabalhadores, o que é percebido por sua simples

²⁵⁰Heloísa Carpena distingue o ato ilícito do abuso do direito: “O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais.”, cit., p. 382.

leitura. A recuperação judicial²⁵¹ e a falência agora atingem o credor trabalhista²⁵² em vários pontos que não ocorriam na legislação anterior.

Abaixo as principais mudanças previstas na Lei 11.101/05 (LRJF):

a) o artigo 83, I da LRJF limita o crédito trabalhista e acidentário a 150 salários mínimos por credor para a habilitação privilegiada na falência.

Em condições de adversidade econômica e priorizando o critério distributivo, para que um maior número de credores (inclusive os trabalhistas) pudessem receber seus créditos, a LRJF estabeleceu um teto quantitativo para sua inserção na categoria de crédito privilegiado. Não houve exclusão do crédito do trabalhador ou decorrente de acidente de trabalho, mas apenas a limitação de valor para sua inclusão como crédito prioritário. A medida está em consonância com o estabelecido pela ordem internacional, pois o artigo 7.1 da Convenção 173 da OIT, apesar de não ratificada pelo Brasil, expressamente autoriza que o país possa limitar o alcance do crédito privilegiado em caso de insolvência do empregador

Segundo Fábio Ulhoa²⁵³ e a decisão do STF, nos autos da ADI 3.934, a limitação teve o escopo de atender os mais necessitados, os que percebem baixos salários e não para satisfazer os altos salários dos diretores. Consideram justo, razoável e proporcional a fixação em até 150 salários mínimos para o teto do crédito privilegiado, porque, segundo o voto do Min. Ricardo Lewandowski, as indenizações trabalhistas montavam, à época da edição da lei, ao valor médio de 12 salários mínimos.

b) O plano de recuperação não poderá prever prazo superior a 1 ano para pagamento dos créditos trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho, salvo quanto aos salários retidos, cujo prazo de quitação é de 30 dias (art. 54, parágrafo único). Todavia, tal obrigação foi determinada apenas para os últimos três meses de salários retidos, limitados a cinco salários mínimos.

A limitação do número de meses para quitação dos salários retidos, do valor do salário ou do crédito a ser habilitado como privilegiado, evidencia que o legislador também quis prestigiar as instituições de crédito e o Estado, que poderão concorrer em igualdade com os créditos trabalhistas e acidentários que ultrapassem do limite legal.

²⁵¹O credor trabalhista só está sujeito à recuperação judicial de médias e grandes empresas, porque as de pequeno porte e as microempresas, assim como a recuperação extrajudicial não atingem os créditos trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho, na forma dos arts. 70 a 72 e 161 e 167 da Lei 11.101/05.

²⁵²Os créditos trabalhistas existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, submetem-se à recuperação judicial, na forma do art. 49 da Lei 11.101/05.

²⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

Por ter reduzido direitos, alguns²⁵⁴ argumentaram que alguns artigos da LRJF era inconstitucional, pois desprezaram os direitos fundamentais do trabalhador previstos no art. 7º da Constituição, assim como violaram²⁵⁵ o princípio do valor social do trabalho (arts. 1º e 170 da CRFB) e do pleno emprego (art. 170, VIII da CRFB).

c) O artigo 50, VIII da LRJF autoriza a redução dos salários e da jornada de trabalho, mediante acordo ou convenção coletiva. O comando está de acordo com a tese da flexibilização. Portanto, perfeitamente constitucional, porque atende ao interesse social na preservação da empresa. O empresário ou sociedade empresária, que se encontra em situação de insolvência, deve ter tratamento diferenciado, pois os parâmetros de normalidade, isto é, de tratamento igualitário em relação às demais, que estão solventes, liquidaria, de vez, a pessoa jurídica, e, com isso, o emprego. O fim almejado com tal tese é, em última análise, o de preservar o maior número possível de empregos, mesmo que em condições menos favoráveis.

d) A lei anterior não afastava a sucessão de empresários²⁵⁶, na forma dos artigos 10 e 448 da CLT. Apesar de o artigo 50, VII autorizar o *trepassé* ou arrendamento do estabelecimento, expressamente exclui a possibilidade de sucessão (arts. 60 e 141, II), livrando o sucessor dos débitos do sucedido.

O que se pretende com a exceção acima é permitir que a empresa continue a ser explorada por outro empresário ou sociedade empresária. Convém ressaltar que não se pode confundir empresário ou sociedade empresária (perfil subjetivo) com a própria organização produtiva ou atividade empresarial (perfil funcional). Ao impedir a sucessão de empresários, a lei tentou preservar a atividade econômica produtiva, isto é,

²⁵⁴ Neste sentido Marcelo Papaléo de Souza e o Sindicato Nacional dos Aeroviários, autor da ADI 3934 - DF. SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 182-194.

²⁵⁵ A questão foi debatida na ADI 3.934 e, incidentalmente, no RE 583.995 (este teve o objetivo de fixar a competência). Entretanto, o STF, em maio de 2009, entendeu pela constitucionalidade dos referidos dispositivos legais, definindo que o pagamento preferencial dos créditos trabalhistas pode ser limitado em 150 salários mínimos; que a empresa que adquire ativos ou a unidade produtiva da empresa em recuperação não herda suas dívidas trabalhistas; e que a Justiça do Trabalho pode aferir o montante da dívida oriunda da relação de emprego, mas não pode determinar sua execução, pois esta competência é juízo comum, que está no comando da recuperação.

²⁵⁶ As jurisprudências abaixo comprovam a afirmação:

SUCESSÃO. ANTECESSORA FALIDA. Se a prova demonstra, de forma inequívoca, que a demandada é sucessora de empresa falida, fica responsável pelos encargos trabalhistas da sucedida, apesar da falência decretada contra esta. TRT/SP-Proc: 11662/90 (Ac. 8ª T. - 02920063477) - Rel. Designado: Desembargadora Dora Vaz Trevino. DJU 30/04/92.

SUCESSÃO DE EMPREENDEDORES. Opera-se pela transferência de universalidades entre empresas, por título jurídico hábil, seja compra e venda, arrendamento ou aquisição de acervos empresariais em hasta pública. TRT/SP - Proc: 02129-2002-025-02-00-8 - Rel. Designado: Desembargador Plínio Bolívar de Almeida. DJU 07/12/04.

a própria empresa, mesmo em caso de recuperação ou falência da sociedade empresária ou do empresário. Portanto, o dispositivo não fere qualquer princípio ou valor constitucional, mas tão somente excepciona a regra geral prevista nos artigos 10 e 448 da CLT, que regulam a sucessão.

2.7. Princípio da inalterabilidade contratual

O contrato de trabalho é de trato sucessivo, de débito permanente. Esta característica acarreta constantes mudanças das condições iniciais do contrato, obrigando as partes a pequenas alterações para adaptarem o contrato às novas realidades.

O princípio tem sua base na máxima do *pacta sunt servanda* e, por estarem obrigadas a cumprir o contrato, as partes não podem livremente alterar suas cláusulas no curso deste. No Direito do Trabalho, o contrato também faz lei entre as partes. Entretanto, a livre manifestação de vontade é mitigada, pois a autonomia das partes ao ajustarem as cláusulas contratuais está vinculada aos limites da lei. Daí porque as partes podem pactuar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei, mas nunca contra a lei ou as normas coletivas vigentes (art. 444 da CLT). A lei proibiu a alteração prejudicial ao trabalhador (art. 468 da CLT) como consequência lógica do princípio da proteção ao trabalhador e pela presunção lógica de sua submissão aos mandos do patrão (coação presumida). Desta forma, é válida, pois, qualquer alteração unilateral ou bilateral, que não cause prejuízo ao trabalhador, como aumento salarial ou redução da jornada, por exemplo.

A alteração das cláusulas contratuais pode ter várias classificações: a) quanto à origem: obrigatória ou imperativa e voluntárias ou autônomas; b) quanto ao conteúdo: qualitativas e quantitativas; c) quanto à natureza: legais e ilegais; d) quanto à vontade: unilateral e bilateral.

Obrigatória é a alteração contractual cuja vontade individual das partes não concorre, pois decorre de fonte formal heterônoma de direito, que obriga e vincula o empregador. Assim, todas as alterações determinadas pelo Estado ou com intervenção dele (Constituição, leis, decretos, sentença coletiva) são consideradas obrigatórias e

substituem automaticamente a cláusula contratual anterior pela norma imperativa nova, ressalvado o direito adquirido do trabalhador.

Convém lembrar que o ajuste trabalhista é um contrato regulamentado e dirigido pelo Estado. Isto quer dizer que a lei dita as regras mínimas e limita a autonomia de vontade, não permitindo qualquer alteração. Por isto, suas condições mínimas de trabalho estão fixadas, limitadas e estabelecidas nas diversas regras legais trabalhistas que regem a matéria. Estas mesmas regras são modificadas de tempos em tempos e, quando isto acontece, a alteração será imperativa.

As alterações contratuais legais mais comuns são aquelas que implicam benefícios ao empregado, tais como estabilidades ou garantias de emprego, criadas por lei, majoração salarial, decorrentes de reajustes legais (leis de política salarial, há muito inexistentes), redução da jornada de trabalho etc.

Voluntárias são aquelas em que as partes concorrem para a mudança diretamente ou por meio das normas coletivas (convenção ou acordo coletivo). Podem ser unilaterais ou bilaterais. Unilaterais quando apenas uma das partes participa (empregado ou empregador). Bilateral quando patrão e trabalhador ajustam a alteração. De qualquer forma, devem respeitar os parâmetros e contornos indicados no art. 468 da CLT, de forma a não causar prejuízo ao empregado. O aumento espontâneo do salário, a concessão de sobre-salários não previstos em lei ou majoração daqueles previstos na CLT, a promoção, são exemplos de alterações benéficas unilaterais praticadas pelo empregador.

Se a alteração, seja unilateral ou bilateral, for prejudicial ao trabalhador, haverá a automática substituição da cláusula contratual nula pela norma legal mínima ou anterior. Assim, não poderá o empregador, por exemplo, que sempre concedeu alimentação graciosa, suprimi-la, ou aquele que pagava gratificação por tempo de serviço deixar de pagar, salvo (em ambos os exemplos) quando concedida por norma coletiva e a posterior não mais conceder.

Quantitativa é a mudança contratual que acarreta aumento ou diminuição do salário, da jornada, da quantidade de afazeres. Será qualitativa quando importar em mudança da qualidade ou na natureza do trabalho. Isto ocorre quando há promoção, rebaixamento, alteração da função, cargo, status, atribuições, horário e turno (não alterando a jornada), local (espaço físico) ou localidade (município, estado ou país) da

prestação de serviços etc. Délio Maranhão²⁵⁷ defende que o local da prestação de serviços (sala, mesa, andar) não importa em alteração contratual, possuindo o empregador a autonomia para a modificação, salvo quando importar em prejuízo para o empregado.

A inalterabilidade contratual tem base no Direito Civil, que considera que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Por estarem obrigadas a cumprir o contrato, as partes não podem livremente alterar suas cláusulas no curso deste, máxime em se tratando de um contrato de trato sucessivo.

Também no Direito do Trabalho o contrato faz lei entre as partes. Entretanto, a autonomia é limitada pela lei. Conclui-se, pois, que as partes podem pactuar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei, mas nunca contra a lei e as normas coletivas vigentes (art. 444 da CLT). O princípio da inalterabilidade contratual tem como base o princípio da proteção ao trabalhador e se aplica tanto para as alterações de direitos de caráter público como para aqueles decorrentes de norma de caráter privado, pois, mesmo os direitos disponíveis passam pelo filtro do art. 468 da CLT.

2.7.1. Exceções

a) O art. 468, parágrafo único da CLT possibilita a reversão do empregado de confiança ao cargo efetivo, perdendo, inclusive, a gratificação correspondente à função, observada a restrição contida na Súmula 372 do TST.

b) O art. 469 da CLT faculta a transferência unilateral do trabalhador que exerça cargo de confiança ou daquele cujo contrato contenha cláusula explícita ou implícita de transferibilidade ou de qualquer empregado em casos de fechamento do estabelecimento. Para os demais empregados a transferência deverá ser bilateral.

c) O art. 475 c/c art. 461, parágrafo 4º, da CLT permite o rebaixamento do empregado nos casos em que a Previdência Social recomenda a readaptação do empregado. Todavia, esta alteração *in pejus* não pode importar, também, em redução salarial.

d) Manutenção dos benefícios normativos apenas durante a vigência da norma coletiva, pois as condições de trabalho criadas por acordo coletivo, convenção ou

²⁵⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 2, p. 554

sentenças coletivas obrigam enquanto vigentes, podendo o empregador suprimi-las após seu término, salvo se a norma posterior manteve a vantagem (Súmula 277, I do TST);

e) *Ius variandi*. Por ser o dono do empreendimento e correr o risco do negócio, o empregador tem o poder diretivo da empresa e, por isso, pode variar algumas cláusulas contratuais de acordo com a tendência econômica ou interesse da empresa. Faz parte do *ius variandi*, por exemplo: a) mudança do horário de trabalho, desde que não haja majoração da quantidade de horas trabalhadas por dia (jornada) e não importe em alteração do turno diurno para o noturno (por ser prejudicial ao empregado) - Súmula 265 do TST; b) mudança do local da prestação de serviços, respeitados os limites do artigo 469 da CLT; c) possibilidade de exigir do empregado atribuições compatíveis com a função exercida - art. 456, parágrafo único da CLT; d) promoção do empregado; e) alteração da nomenclatura do cargo (sem causar prejuízos), etc.

f) Flexibilização dos direitos trabalhistas.

As Orientações Jurisprudenciais 308 e 339 da SDI-I do TST, Súmula 51, II do TST também refletem o princípio:

OJ 308 da SDI-I do TST: Jornada de trabalho. Alteração. Retorno à jornada inicialmente contratada. Servidor público. O retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.

OJ 339 da SDI-I do TST: Teto remuneratório. Empresa pública e sociedade de economia mista. Art. 37, XI, da CF/1988 (Anterior à Emenda Constitucional 19/98). As empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/1988, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Súmula 51 do TST: Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT.

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

2.8. Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade

O empregado não pode transacionar ou renunciar direitos trabalhistas previstos em lei, seja antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término²⁵⁸. Isto se explica porque os direitos trabalhistas previstos em lei têm natureza pública, daí porque o comando do artigo 9º da CLT determinou a nulidade de todo ato que visasse desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei. Por outro lado, o artigo 468 da CLT considerou nula toda alteração contratual que cause prejuízo ao trabalhador. Reforçando o entendimento, o artigo 444 da CLT autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas e o art. 7º, *caput* da CRFB relaciona uma série de direitos trabalhistas em seus incisos, recepcionando e dando *status* constitucional ao princípio da condição mais favorável ao trabalhador.

Portanto, as transações e as renúncias só serão lícitas quando não causarem prejuízo ao trabalhador ou quando autorizadas por lei²⁵⁹.

Primeiramente cabe um rápido estudo para ser apontada a diferença entre os direitos patrimoniais de caráter privado e os direitos de caráter público, ou seja, os direitos disponíveis e os indisponíveis e, a partir de então prosseguir no raciocínio, uma vez que apenas os de direito privado podem ser objeto da renúncia e da transação, como abaixo explicitado²⁶⁰:

Patrimoniais são os direitos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, isto é, aqueles em que é possível se atribuir valoração econômica, expressão monetária. Indisponíveis são os direitos que

²⁵⁸É a natureza do direito que impede sua disponibilidade e não o momento em que isso ocorre. A impossibilidade de renúncia e transação antes e durante o contrato também é defendida por Dorval Lacerda, Sússekind, Délio Maranhão, Maurício Godinho, Alice Monteiro de Barros e Plá Rodriguez. LACERDA, Dorval. A renúncia no direito do trabalho. 2ª ed São Paulo: Max Limond, 1944 p. 132; Sússekind em SÚSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 18ª ed., Vol. 1, 1999, p. 222; MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: FGV, 1987, p. 26; DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 212; BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 180; PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Cit., p. 73-96.

²⁵⁹A Lei 5.107/66 instituiu o FGTS e autorizou a renúncia à estabilidade decenal e/ou transação da indenização por tempo de serviços. O artigo 14 da Lei 8.036/90 contém a mesma previsão quanto ao direito do empregado optar retroativamente renunciando sua estabilidade decenal e/ou de transacionar a indenização por tempo de serviço, relativa ao período anterior à Constituição. A Lei 9.958/00 permitiu a transação extrajudicial por meio das Comissões de Conciliação Prévia. Por fim, a Súmula 276 do TST tolera a renúncia ao aviso prévio, desde que o empregado o faça expressamente e comprove que conseguiu um novo emprego.

²⁶⁰CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, p. 171.

são controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade, por protegerem interesses públicos. Não derivam da autonomia da vontade da parte e sim de imposição legal feitas por meio de normas cogentes, impostas pelo Estado para tutelar algum interesse social. Disponíveis são os direitos cujos interesses são particulares. Suscetíveis de circulabilidade.

Os direitos criados pelas partes, por meio do contrato de trabalho, regulamento interno de empresa ou convenção coletiva, isto é, de forma autônoma, são privados, logo, disponíveis. Privados são aqueles direitos que o Estado não se interessa em tutelar, pois particulares. Entretanto, a CLT também impõe limites à sua alteração quando isso representar em prejuízo ao empregado.

Os direitos previstos na lei trabalhista são indisponíveis pelas partes e, por isso, o legislador cercou o trabalhador de garantias para assegurar a não ocorrência de atos, mesmo que bilaterais, que lhe causem prejuízo – art. 468 da CLT. Maurício Godinho²⁶¹ limita a transação de direitos trabalhistas a um “patamar mínimo civilizatório²⁶²”. Para tanto, dividiu os direitos indisponíveis em duas categorias: os de indisponibilidade absoluta e os de indisponibilidade relativa. Afirma que absoluta é a indisponibilidade cujo “direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo, firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”²⁶³, e relativa é a indisponibilidade que pode sofrer exceções, isto é, aqueles direitos acima do referido patamar que podem ser transacionados.

Na verdade, ao permitir que alguns direitos possam ser transacionados pelo trabalhador, Maurício Godinho os tornou disponíveis. Logo, melhor seria dizer, utilizando a terminologia do autor, que a “indisponibilidade relativa” é, na verdade, uma “disponibilidade relativa”, isto é, o direito está num padrão civilizatório geral acima do mínimo e, por isso, segundo sua visão, é possível sua transação²⁶⁴, já que o autor jamais admite a renúncia. Maurício Godinho²⁶⁵ aponta como exemplos de direitos de indisponibilidade relativa: normas autônomas, modalidade de pagamento, tipo de

²⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 1.379.

²⁶² O autor divide o “patamar mínimo civilizatório” em “três grupos convergentes de normas heterônomas”: os direitos constitucionais em geral; as normas de tratados e convenções internacionais vigentes internamente no Brasil, e as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora, como, por exemplo, a assinatura da CTPS, a garantia do salário mínimo e bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, procedimentos anti-discriminatórios e as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. DELGADO, Maurício Godinho. cit., p. 1379.

²⁶³ Ibidem, p. 212.

²⁶⁴ O autor admite a transação por meio de acordo ou convenção coletiva.

²⁶⁵ Ibidem, p. 212.

jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidade. Ora, tais direitos são privados e não de característica pública.

Por outro lado, Arion Sayão Romita²⁶⁶ leciona:

Supõe-se que os direitos individuais do trabalhador sejam indisponíveis, o que bastaria para inviabilizar o apelo à arbitragem, quando se cuida de solucionar dissídios individuais do trabalho. Não é correta, contudo, a assertiva de que os direitos trabalhistas – do trabalhador individualmente considerado – sejam indisponíveis. O que a consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 9º, declara é que são nulos os atos tendentes a desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalho. Nenhum preceito legal estabelece, de antemão, a indisponibilidade dos direitos do trabalhador. Caso contrário, seriam automaticamente fulminados pela nulidade todos os acordos celebrados pela Justiça do Trabalho nas reclamações trabalhistas (...). É que os direitos do trabalhador admitem uma divisão: direitos absolutamente indisponíveis e os direitos relativamente disponíveis. O artigo 9º da CLT não declara indisponíveis os direitos do trabalhador, apenas priva de eficácia o ato do empregado tendente a inviabilizar o gozo dos direitos assegurados por lei ao trabalhador. Se o empregado decide dispor de um direito não coberto pela proteção da indisponibilidade absoluta, a lei não veda o acesso à via arbitral.

(...)

São absolutamente indisponíveis os direitos de personalidade do trabalhador: honra, intimidade, segurança, vida privada, imagem. Os direitos patrimoniais são plenamente disponíveis, após o término da relação de emprego e apenas relativamente indisponíveis durante a vigência do contrato (...). São disponíveis, porque sobre eles os titulares detêm poder que não invade a esfera dos direitos de personalidade.

Romita²⁶⁷ aduz que as normas de indisponibilidade absoluta são diferentes da de indisponibilidade relativa, pois estas criam benesses que podem ser transacionadas ou renunciadas por meio da via negocial. Logo, o autor entende que aqueles direitos que podem ser validamente disponibilizados por meio da norma coletiva são classificados como de indisponibilidade relativa.

De forma similar Luiz de Pinho Pedreira da Silva²⁶⁸:

(...) consideram-se absolutamente indisponíveis todos os direitos estritamente vinculados à pessoa, como os direitos personalíssimos. Mas também há direitos patrimoniais absolutamente indisponíveis e tal

²⁶⁶ROMITA, Arion Sayão. Prefácio à obra de SOUZA, Zoraide Amaral. Arbitragem – Conciliação – Mediação nos conflitos coletivos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004, p. 11-12.

²⁶⁷ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 164.

²⁶⁸SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999, p. 124-126.

é o caso dos benefícios previdenciários (...). A indisponibilidade absoluta é rara no Direito do Trabalho, podendo apontar como exemplos dela o direito previdenciário, o direito do trabalhador à segurança, a liberdade sindical. Mas a indisponibilidade relativa domina o mesmo direito, como também o fazem a imperatividade das normas e a presunção de vícios de consentimento, também causas, conforme já visto, de exclusão, quase total, do poder de disposição quanto aos direitos do trabalhador.

Na verdade, os direitos indisponíveis só podem ser disponibilizados pela própria lei, senão seriam denominados disponíveis. Desta forma, não concordamos com as teses de indisponibilidade absoluta e relativa. A norma que contempla direitos indisponíveis sempre o é de forma absoluta. Só a lei poderá criar exceções a estas regras e, mesmo assim, numa interpretação restritiva conforme o comando constitucional contido no artigo 7º, *caput* da Lei Maior.

A jurisprudência já vem adotando a nomenclatura sugerida pelos autores, como se percebe abaixo, divergindo apenas no que é disponível e o que não é:

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS DE INDISPONIBILIDADE RELATIVA. O princípio da adequação setorial negociada, que retrata o alcance da contraposição das normas coletivamente negociadas àquelas de cunho imperativo, emanadas do Estado, viabiliza que as normas autônomas construídas para incidirem no âmbito de certa comunidade econômico-profissional possam prevalecer sobre aquelas de origem heterônoma, desde que transacionem parcelas de indisponibilidade apenas relativa, como, e.g, as concernentes à manutenção da hora noturna em 60 minutos, vez que não caracteriza alteração em patamar prejudicial à saúde do trabalhador e desde que não traduza simples renúncia, mas transação de direitos. TRT/MG: 01512.2001.018.03.00.4, Rel. Designado: Juiz Júlio Bernardo do Campo, DJ/MG 07/6/2002.

NULIDADE DE CLÁUSULA (JORNADA DE TRABALHO). PRAZO POR TEMPO INDETERMINADO. O art. 614, § 3º, da CLT estabelece como requisito formal dos acordos e convenções coletivas a fixação de prazo de vigência, com o limite máximo de dois anos, constituindo, a adoção de prazos, tônica do Direito Coletivo do Trabalho. A cláusula de aditamento a acordo coletivo, pela qual foi atribuída eficácia por tempo indeterminado à cláusula que ampliou a duração da jornada de trabalho em turnos de revezamento, além de levar à petrificação da negociação coletiva, foge aos contornos da própria norma constitucional, porquanto torna geral e rotineiro o que era específico e excepcional. Com efeito, a jornada de seis horas, em turnos ininterruptos de revezamento é a regra constitucional; a norma coletiva age, sob regra de indisponibilidade relativa, para definir situação particular a um dado grupo de trabalhadores. Recurso conhecido a que se nega provimento. TST, 4ª T, TST-RR-

503.874/1998.1, Rel. Min. Maria do Perpétuo Socorro de Carmem, DJ - 17/10/2003.

INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. Previsão da hora corrida em acordos coletivos. A Constituição Federal de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores afim de obter outras vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra as normas referentes à segurança e saúde no trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise de comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o trabalhador possa não apenas ingerir alimentos, mas também digerilos de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõem o sistema digestivo, e possibilitar o maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a Constituição Federal prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6º da Carta Política). Recurso de Revista não reconhecido. TST, 5ª T, RR 619.959.99.7, Rel. Rider Nogueira de Brito, DJU 14/03/03.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. ESCRITURA PÚBLICA. PARCELAS TRABALHISTAS IMANTADAS POR INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. NULIDADE. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a demonstração e violação, em tese, do art. 5º, XXXV, da CF. Agravo de instrumento provido. TST, 6ª T, RR - 2045/1998-029-15-00, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT - 20/03/2009

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA SUPERIOR A DUAS HORAS DIÁRIAS. AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES. O alargamento do intervalo intrajornada não afeta diretamente a própria higidez do empregado podendo ser transacionado, eis que se refere à parcela trabalhista de indisponibilidade relativa; contudo, essa negociação deverá ser feita mediante intervenção sindical. Recurso conhecido e provido. TST, 5ª T, TST-RR-628.902/2000.7, Rel. Min. André Luiz Moraes de Oliveira, DJ - 19/03/2004.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO-CONCESSÃO. ACORDO COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EFEITOS. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. POSSIBILIDADE E LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Amplas são as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas

coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis, havendo limites objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista. Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia ou se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. TST, 6ª T, AIRR - 355/2008-006-04-40, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT - 30/04/2009.

Percebe-se das teses acima expostas que a jurisprudência é vacilante, pois não consegue definir o que é disponibilidade ou indisponibilidade relativa e absoluta.

Mesmo que se desprezem as nomenclaturas acima e os limites da transação ou da renúncia no Direito do Trabalho, percebe-se a tendência flexibilizadora, isto é, a jurisprudência e a lei têm permitido cada vez mais hipóteses de abdicação de direitos.

Abaixo alguns exemplos:

.Súmula 51 do TST: O inciso II da súmula autoriza a renúncia pelo empregado de um regulamento de empresa quando ele expressamente optar por outro. Crítica: É contraditória, pois, ao mesmo tempo que, em seu inciso I, determina que as alterações efetuadas no regulamento interno da empresa não se aplicam aos empregados admitidos antes da alteração, salvo quando mais benéficas, permite, por outro lado, em seu inciso II, a renúncia de um deles quando o empregado assim optar, mesmo que este ato lhe cause prejuízos. Isto incentiva o empregador a criar novo regulamento ao invés de modificar o já existente.

.Súmula 364, II do TST: Considera lícita a cláusula prevista em norma coletiva que torna proporcional o adicional de periculosidade previsto em lei. Crítica: as normas que protegem o trabalhador dos agentes insalubres e perigosos são de medicina e segurança do trabalho, que, por sua natureza, criam direitos de maior proteção jurídica e, por isso, indisponíveis. A norma coletiva, principalmente porque elaboradas por particulares (sindicatos) não poderia prevalecer sobre a lei. Ademais, contrastando com esse entendimento a OJ 342, I da SDI-I do TST, que considera nula cláusula de norma coletiva que suprime intervalo intrajornada. Ora, ambos os direitos (periculosidade e intervalo) são de ordem pública e se constituem em medida proteção à segurança e à saúde do trabalhador. Ao mesmo tempo, a própria OJ 342 da SDI-I autoriza a supressão de intervalo para repouso e alimentação, se o empregado trabalhar para empresa de

transporte público rodoviário, e sua jornada não for superior a 7 horas. Ora, se o intervalo é norma de indisponibilidade absoluta, não poderia sofrer exceções.

.OJ 123 da SDI-I do TST: Possibilidade da norma coletiva retirar a natureza salarial de uma utilidade. Crítica: novamente a jurisprudência entendeu que a norma coletiva pode sobrepor-se à lei, pois o artigo 458 da CLT estabelece os requisitos para que uma utilidade tenha natureza salarial. Assim, a norma coletiva poderia alterar a lei.

.OJ 270 da SDI-I do TST: PDV – A orientação jurisprudencial defende que o programa de demissão voluntária que importa em transação extrajudicial para extinção do contrato e que implica na quitação exclusiva das parcelas e valores constantes do recibo. Crítica: A orientação jurisprudencial deveria ter mencionado que a quitação se dá quanto aos valores e não quanto às parcelas²⁶⁹.

.OJ 275 da SDI-I do TST: Possibilidade de a norma coletiva excluir o pagamento da 7ª e 8ª hora do empregado submetido a turnos ininterruptos de revezamento de 8 horas, na forma do artigo 7º, XIV da CRFB. Crítica: A Constituição de 1988 fixa a jornada de 6 horas para os trabalhadores em turnos ininterruptos de revezamento, podendo a norma criar exceção temporária, sem, contudo trazer prejuízo ao trabalhador. Logo, se ele trabalha 8 horas, deve receber por estas, mesmo que de forma ordinária (sem o respectivo adicional sobre a 7ª e 8ª hora). Pensar de outra forma é, em última análise, autorizar a redução salarial, pois o salário não é majorado, mas a jornada sim.

Há ainda pronunciamentos que, embora não sejam majoritários, adotam a tese de que a norma coletiva pode tudo, desde renunciar até transacionar direitos previstos em lei ou de caráter privado, em face da flexibilização autorizada pela Constituição de 88.

INTERVALO INTRAJORNADA. ACORDO COLETIVO. Importa distinguir, dentro do universo jurídico, as normas que outorgam direitos revestidos de indisponibilidade absoluta e as que prevêm benefícios aos quais os trabalhadores, pela via da negociação coletiva, podem validamente renunciar em função de algum interesse ocorrente. É cediço que a normatividade instituída por negociação coletiva constitui fonte formal secundária e de eficácia intrajurídica, porém não se sobrepondo à lei quando em jogo norma de ordem pública. Desta forma, a regra insculpida no artigo 71 "in fine" da CLT, caracteriza-se pela imperatividade absoluta, já que trata, em última instância, sobre a redução dos riscos inerentes ao trabalho, insuscetível de renúncia ou transação. TRT/SP - PROC:

²⁶⁹A expressão “parcela” tem uma conotação mais ampla que a palavra “valor”. Assim, por exemplo, empregado que percebia R\$1.000,00 e adere o PDV (programa de demissão voluntária), cujo termo noticia que o aviso prévio está sendo pago no valor de R\$10,00. A quitação da parcela importa na quitação do aviso prévio. A quitação do valor significa que apenas R\$10,00 referentes ao aviso prévio foram pagos. Logo, não quita a parcela paga insuficientemente.

01752.2000.463.02.00 – Rel. Designado: Juíza Vera Marta Publio Dias. DJ/SP 06.09.2005.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REDUÇÃO. TRANSAÇÃO. POSSIBILIDADE. A Constituição Federal de 1988 trouxe à ordem jurídica trabalhista brasileira maior possibilidade de flexibilização, permitindo, inclusive, a redução salarial, desde que por intermédio da negociação coletiva, como dispõe expressamente o artigo 7º, em seu inciso VI. O artigo 195, § 1º, da CLT, por sua vez, já permitia ao sindicato intentar reclamatória visando a apuração da condição perigosa ou insalubre em ambiente de trabalho. A conjunção dos dispositivos legais em tela e a natureza salarial do adicional de periculosidade revela a possibilidade de empresa e sindicato dos trabalhadores pactuar o pagamento do referido adicional de forma parcial, considerando os parâmetros estabelecidos na transação havida. Foi o que ocorreu na hipótese dos autos, onde a ré e o sindicato do empregado pactuaram a redução da porcentagem a ser satisfeita a título do adicional de periculosidade, transação esta válida para todos os efeitos, visto em acordo aos dispositivos ora em análise. TRT/SP – RO: 35824/2002 – Rel. Designado: Juíza Mércia Tomazinho. DJ/SP 25.03.2003.

INTERVALO INTRAJORNADA. Consoante o artigo 73, parágrafo 3º da CLT, o intervalo mínimo de 1:00 hora, previsto para alimentação e repouso, somente admite redução mediante ato do Ministério do Trabalho, ouvida a Secretaria de Segurança e Higiene do Trabalho. Sendo assim, falece competência às partes para reduzirem ou frustrarem o referido intervalo, ainda que por meio de instrumentos coletivos. Não se insurge aqui contra a autonomia das partes para, por meio de acordos ou Convenções Coletivas, estabelecerem a compensação de horários, ou mesmo a redução da jornada (art. 7º, inciso XIII, da CF), nem se desconhece o prestígio atribuído aos instrumentos coletivos pela Constituição Federal (art. 7º, inciso XXVI). Trata-se de reconhecer os limites da autonomia da vontade coletiva frente às normas cogentes e de ordem pública. Eis que estaríamos diante de um lamentável contra-senso se admitíssemos que o prestígio conferido pela Lei Magna às Convenções e Acordos Coletivos tivesse o alcance de permitir-lhes a revogação de um dos princípios fundamentais da Constituição Federal pautado nos valores sociais do Trabalho. Há de se respeitar as normas imperativas e de ordem pública, direcionadas à proteção de interesses maiores consubstanciados na segurança, saúde e higiene do trabalhador, que *ipso facto* não comportam alterações supressoras ou neutralizadoras por transação ou negociação entre as categorias profissional e econômica. Dentre essas normas, encontram-se as que estabelecem taxativamente limites máximo ou mínimo de duração do trabalho e respectivos intervalos. TRT/MG - RO: 16755/2001 – Rel. Designado: Juíza Maria Auxiliadora Machado Lima. DJ/MG 15.03.2002.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PROPORCIONALIDADE AUTORIZADA POR INSTRUMENTO NORMATIVO - CLÁUSULA NULA. Nem todo direito trabalhista pode ser objeto de transação ou negociação coletiva. Em se tratando de matéria de segurança, saúde ou higiene, não há margem para a supressão de

direitos, pois o que está em jogo são a vida e a integridade física do trabalhador. Assim, não pode ser admitida cláusula que prevê o pagamento do adicional de periculosidade de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco, tese já afastada pela jurisprudência dominante, conforme entendimento consubstanciado no Enunciado 361 do colendo TST. Todavia, ainda que se considerasse válida a transação quanto à referida matéria, ainda assim não haveria como prevalecer a norma coletiva invocada, a uma porque o ajuste apresentado sequer possui prazo de vigência; a duas, a teor do disposto no art. 614, parágrafo 3º, da CLT, que estatui que as normas coletivas não poderão ter duração superior a dois anos, sua vigência esgotou-se em 09/09/96, período este já abrangido pelo manto da preclusão. Recurso a que se nega provimento. TRT/MG - RO: 01250.2001.060.03.00 – Rel. Designado: Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. DJ/MG 02.07.2002.

2.8.1. Das comissões de conciliação prévia e da súmula 330 do TST

2.8.1.1. Da súmula 330 do TST

De acordo com o artigo 477, parágrafo 2º da CLT, o pagamento das parcelas rescisórias tem o seguinte efeito: “sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.”

Do texto acima transcrito duas interpretações podem ser extraídas: a primeira, literal, que se prende à terminologia utilizada pelo legislador, isto é, de que a quitação abrange a parcela em si e não os valores; a segunda, a extensiva, que melhor se coaduna com o princípio *in dubio pro misero*, de que a quitação se limita aos valores²⁷⁰ pagos e não à parcela, à rubrica ou à prestação paga. Desta forma, se o patrão pagar na rescisão R\$5,00 a título de aviso prévio, quitou apenas R\$5,00 e não o aviso prévio, já que este é devido no valor do salário. Outra interpretação nos levaria à renúncia de direitos indisponíveis, alguns de status constitucionais.

Aduz Arion Romita²⁷¹:

A eficácia liberatória alcança apenas o valor efetivamente pago, não se estendendo a uma importância cujo direito só viria a adquirir mais tarde (...) Quando, na Consolidação das Leis do Trabalho e no Enunciado n. 330, alude-se a “parcela expressamente consignada”, concede-se eficácia liberatória não ao título quitado,

²⁷⁰Da mesma forma pensa Alice Monteiro. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 182 e 187 e SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 18ª ed., Vol. 1, 1999, p. 222.

²⁷¹ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque, cit., p. 334.

mas ao valor pecuniário efetivamente recebido pelo empregado, segundo entendimento jurisprudencial pacífico dos Tribunais do Trabalho.

Aliás, o parágrafo 3º da Lei 8.036/90 dispõe que as importâncias devidas em decorrência de rescisão e pagas quitam “os valores discriminados” no respectivo documento. Logo, “ainda que o empregado tenha dado quitação revestida de todos os requisitos legais, o empregador não se desonera da obrigação de pagar a diferença da indenização de 40% (...)”²⁷², uma vez que a quitação abrange apenas os valores e não as parcelas.

A Súmula 330 do TST, que demonstra o entendimento do TST, no sentido de estender a quitação à parcela, assim como a jurisprudência majoritária:

A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem **eficácia liberatória** em relação às **parcelas** expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas (grifos nossos).

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto à direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

QUITAÇÃO. ALCANCE. PARCELAS CONSIGNADAS NO RECIBO. SÚMULA N.º 330 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Consoante os termos da Súmula n.º 330 desta Corte uniformizadora, a quitação passada pelo empregado ao empregador, homologada sem ressalva expressa quanto à existência de diferenças das parcelas constantes do termo de rescisão contratual, tem eficácia liberatória geral em relação a tais parcelas. Recurso de revista conhecido e provido. TST, 1ª T, RR - 57374/2002-900-09-00, Rel. Lélío Bentes Correa, DEJT - 01/08/2009.

RECURSO DE REVISTA - QUITAÇÃO HOMOLOGADA PELO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL - INEXISTÊNCIA DE EXAME DAS PARCELAS OBJETO DO RECIBO DE QUITAÇÃO - EFEITOS. Em face da redação dada à Súmula n.º 330 desta Corte, por meio da Resolução n.º 22/93, ainda que haja a homologação pelo órgão sindical, a quitação não abrange parcelas não incluídas no recibo de rescisão e seus reflexos em outras parcelas, mesmo que constem do recibo, bem como, as parcelas decorrentes da execução do contrato de trabalho, que deveriam ter

²⁷²ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. cit., p. 335.

sido satisfeitas durante sua vigência, se constantes do recibo de quitação, alcançam apenas o período delimitado. Nessa esteira, infere-se que, ao contrário do que se tem propalado, a jurisprudência dominante desta Corte não autoriza a eficácia liberatória ampla pelo simples fato de ter havido a homologação da rescisão contratual com a assistência sindical ou do Ministério do Trabalho, mesmo que não tenha sido aposta nenhuma ressalva. É indispensável para esse fim que a decisão regional tenha particularizado o exame de cada parcela no recibo rescisório para que se possa aferir o alcance da quitação pretendida. Inexistindo tal análise, como no caso concreto, não há como se aplicar o caput da Súmula n° 330 do TST. TST, 1ª T, RR - 20587/2002-900-06-00, Rel. Min. Vieira de Melo Filho, DEJT - 14/08/2009.

2.8.1.2. Das comissões de conciliação prévia

O Decreto Legislativo 21.396/32 criou as antigas Comissões Mistas de Conciliação, mesmo antes do surgimento da Justiça do Trabalho, com o objetivo de conciliar as questões trabalhistas, fora do âmbito judicial. Neste mesmo ano, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento, mais tarde incorporadas à Justiça do Trabalho.

Muitos anos depois, isto é, em 2000, foram criadas as Comissões de Conciliação Prévia pela Lei 9.958/00, com três nítidas finalidades: desafogar o Judiciário trabalhista, reduzindo as demandas trabalhistas; estimular a composição e, portanto, a solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas; diminuir a animosidade entre as partes, fazendo com que elas tentem conciliar antes de partir para a batalha judicial. A intenção do TST foi a de desafogar²⁷³ o Judiciário Trabalhista²⁷⁴, em face do significativo aumento das demandas.

Dallegrave Neto²⁷⁵ assevera que:

Infundida na esteira neoliberal, a Lei n.º 9.958 integra o receituário da “reforma” que tem como escopo diminuir a interferência do Estado (leia-se aqui Poder Judiciário) nas relações

²⁷³A Recomendação 92 de 1951 propõe a criação de organismos de conciliação voluntária dos conflitos do trabalho, sempre de base mista e a Recomendação da OIT 94 de 1952 sugere a criação de organismos de consulta e colaboração entre patrões e empregados, no âmbito da empresa, para prevenir e conciliar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho.

²⁷⁴O excesso de demandas retarda a entrega da tutela jurisdicional, e o trabalhador, por conseguinte, demora a ver o seu direito concretizado. Justiça tardia é o mesmo que injustiça.

²⁷⁵NORRIS, Roberto e DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Inovações no Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª ed, p. 47.

capital-trabalho, fomentando a autocomposição dos conflitos trabalhistas.

Eduardo Saad²⁷⁶ complementa afirmando que “esforço de modernização do nosso Direito do Trabalho e, ao mesmo passo, constitui-se numa louvável tentativa de descongestionar os vários órgãos da Justiça do Trabalho”.

De acordo com os artigos 625-A a 625-H à CLT as todas as demandas trabalhistas devem ser previamente submetidas às Comissões de Conciliação Prévia, que podem ser criadas no âmbito da empresa ou intersindical e sempre de composição paritária. Caso esta conciliação não obtenha êxito, poderá ser proposta a reclamação trabalhista. Havendo conciliação, lavrar-se-á o termo que terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Arion Sayão Romita²⁷⁷ defende a constitucionalidade do artigo 625-D da CLT, advogando que a exigência é uma condição para o exercício do direito de ação, como autorizado pelo Código de Processo Civil.

Seu entendimento é seguido por parte da jurisprudência:

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA. TENTATIVA EM AUDIÊNCIA. O artigo 625-A da CLT facultou às entidades sindicais e às empresas a instituição de comissões de conciliação prévia. O artigo 625-D, por sua vez, obriga que as demandas trabalhistas sejam submetidas a essas comissões (instituídas por vontade dos interessados, repita-se). Portanto, somente após (e se) frustrada a tentativa conciliatória é que se pode admitir o ajuizamento de reclamação trabalhista (§ 2º do mesmo dispositivo legal). Entender que a tentativa de conciliação realizada em audiência supre a exigência legal, equivale à negativa de vigência de tal norma. Ac. TRT 9ª Reg. 5ª T. RO 15630/00, Red. Designado Juiz Ney Fernando Oliver Malhadas, DJ/PR 23/08/02. Dicionário de Decisões Trabalhistas, 35ª ed., Benedito Calheiros Bomfim, Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 106.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. OBRIGATORIEDADE DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA ART. 625-D DA CLT. CONDIÇÃO DA AÇÃO DIREITO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO – ART. 5º XXXV, DA CF. O art. 5º XXXV, da Constituição Federal dispõe que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. O direito de ação é um direito subjetivo à manifestação do Judiciário, seja para acolher, seja para rejeitar a pretensão da parte, que tem o ônus de satisfazer, para seu regular exercício, condição das próprias ações, e, igualmente, observar os demais pressupostos processuais que a legislação ordinária, atenta ao devido processo legal, impõe para a regulação do

²⁷⁶SAAD, Eduardo Gabriel. Das comissões de conciliação prévia, Suplemento LTr, 043/00, p. 235.

²⁷⁷ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. cit., p. 392.

processo e do procedimento. Limitação temporária ou condicionamento do exercício do direito de ação, como a exigência de o empregado se submeter à Comissão de Conciliação Prévia, sem a obrigação de firmar acordo, mas apenas de tentar uma solução conciliatória com seu empregador, procedimento sem nenhum ônus pecuniário e com integral resguardo do prazo prescricional, não constitui negativa de acesso à justiça, uma vez que não obsta o direito de ação, que até mesmo pode resultar em possíveis benefícios ao empregado e ao empregador, que têm assegurada a possibilidade de solução de suas divergências, sem a intervenção estatal, atendendo, assim, à preconizada e sempre desejável autocomposição do conflito. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Ac. (unânime) TST 4ª T (RR 96742-2003-900-04-00), rel. Min. Milton de Moura França, julgado em 22/09/04 in Dicionário de Decisões Trabalhistas, 35ª Ed., Benedito Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos pág.105, Ementa nº 321.

Por outro lado, há posicionamentos no sentido de que a submissão é facultativa e não compulsória:

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Nula é a sentença que exclui do Judiciário a apreciação de demanda trabalhista por não submetida previamente à comissão de conciliação prévia, tendo em vista que o artigo 625 da CLT contém norma meramente facultativa. Ac. TRT 1ª Reg. 6ª T Relatora Juíza Rosana Salim Villela Travesedo, julgado em 28/03/02, DO/RJ 06/06/03. Dicionário de Decisões Trabalhistas, 35ª ed., Benedito Calheiros Bomfim, Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 105.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Submissão dos conflitos trabalhistas às comissões de conciliação prévia e sua harmonia com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário – Antinomia Jurídica inexistente – prevalência do critério *lex superior derogat legi inferior*. 1. A antinomia jurídica, assim considerada como a oposição entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes em um mesmo âmbito normativo, que estaria a redundar em uma situação de conflito a tornar instável a segurança das relações jurídicas, pressupõe a verificação pelo intérprete do direito da existência de incontornável incompatibilidade normativa na conformação da aparente colisão e da indispensabilidade de sua solução para composição do conflito de interesses em jogo. 2. Prevalecendo no direito moderno o princípio da unidade do ordenamento jurídico, segundo o qual todo sistema normativo deve guardar uma coerência interna, mormente no países dotados de uma constituição rígida, cuja lei fundamental apresenta-se como fonte comum de validade e coesão que irá permear a interpretação de todas as demais normas jurídicas, afigura-se inconcebível a existência de suposta antinomia quando sua resolução faz-se da aplicação do critério hierárquico. 3 – A submissão das demandas trabalhistas às comissões de conciliação prévia (CLT: art. 625-D), cuja instituição presume-se ser o da legítima composição extrajudicial dos conflitos de interesse, não tem o condão de impedir

à parte interessada de socorrer-se preferencialmente à Justiça do Trabalho, corolário da efetividade das garantias constitucionais do direito da ação e do livre acesso do cidadão ao poder Judiciário. (CF/88: art. 5º XXXV). TRT 1ª Reg., 9ª T, RO 11053/01. Rel. Juiz José da Fonseca Martins Junior, DO/RJ 23/09/02. Dicionário de Decisões Trabalhistas, 35ª ed., Benedito Calheiros Bomfim, Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 106.

A norma que determina a obrigatoriedade de submissão prévia das demandas trabalhistas às CCPs é inconstitucional²⁷⁸ por afrontar o artigo 5º, XXXV, da CRFB, além de contrariar a Recomendação 130 de 1967 da OIT, que é expressa em afirmar que não poderá haver limitação de acesso do trabalhador ao Judiciário, quando os conflitos forem submetidos à solução extrajudicial, no âmbito da empresa.

A questão processual foi recentemente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)²⁷⁹, por meio do julgamento das ADIs 2139 e 2160, que adotou interpretação conforme à Constituição no sentido de que o artigo 625-D da CLT não obsta o acesso direto ao Judiciário, sendo possível o ajuizamento de ações trabalhistas antes que tenham sido analisadas por uma comissão de conciliação prévia, pois tal medida preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça - artigo 5o, XXXV da CRFB.

Todavia, a controvérsia a respeito da eficácia geral liberatória da quitação ainda não foi apreciada pela Corte Suprema. Enquanto isso não acontece, sugere-se que a interpretação deva ser pautada pelos princípios constitucionais e, por isso, é incabível a transação ou a renúncia de direitos indisponíveis. A conciliação que importa em quitação geral, isto é, abrangendo até as parcelas e valores não liquidados, nem mencionados, é absurda seja porque afronta o princípio da irrenunciabilidade.

²⁷⁸Nesse sentido a Súmula 2 do TRT da 2ª Região.

²⁷⁹Já há decisões do TST no mesmo sentido: “RECURSO DE REVISTA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. SUBMISSÃO DA DEMANDA QUANTO AO PRIMEIRO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. A criação das comissões de conciliação prévia objetivou dinamizar a solução dos conflitos trabalhistas por meio da negociação direta. A falta de sujeição da controvérsia trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia em absoluto conduz à automática extinção do feito sem resolução do mérito, suprida que restou, a exigência, pela conciliação oportunizada (e rejeitada) no curso do processo judicial, presentes os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas, a repelirem o culto ao formalismo em detrimento da finalidade da norma consolidada. Interpretação que se reforça e se impõe diante das medidas cautelares deferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2139/DF e 2160/DF, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D da CLT, a fim de afastar o sentido de obrigatoriedade da submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia antes do ajuizamento da reclamação. Divergência inespecífica. Aplicação da Súmula 296, I, do TST. 3ª T, RR - 813/2006-264-01-00, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota, DEJT - 14/08/2009.”

Ademais, de acordo com o artigo 7º *caput* da Constituição: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem a melhoria de sua condição social**”. (grifos nossos). Quando a Constituição se refere aos “outros” direitos que visem a melhoria da condição social ao trabalhador, agasalha o princípio da proteção ao trabalhador e, como norma que é, deve agir de forma imperativa, coercitiva e ter eficácia plena, para cumprir sua finalidade (art. 5º, parágrafo 1º da CRFB), não só para obrigar os agentes sociais, mas também para servir de escudo contra a legislação infraconstitucional que o ferir. Portanto, há comando constitucional expresso no sentido de se estender aos trabalhadores condições mais favoráveis que as previstas na Constituição. Conclui-se, pois, que o parágrafo único do artigo 625-E da CLT só comporta uma interpretação que se coaduna com a Lei Maior, que é a seguinte: o termo de conciliação extrajudicial tem eficácia liberatória geral apenas quanto aos valores pagos, como qualquer outra quitação válida, independentemente de ter ou não ressalvas.

Da mesma forma, Arion Romita²⁸⁰ afirmando que a quitação abrange apenas os valores pagos, e não os títulos, as parcelas, como dispõe o artigo 477, § 2º da CLT c/c o Súmula nº 330 do TST. De acordo com essa interpretação, o trabalhador pode reclamar em juízo o pagamento ou suas diferenças, seja sobre as que não estão mencionadas no termo, seja sobre as consignadas. Esta posição nos parece a mais razoável, isto é, de que o termo de conciliação quita apenas os valores pagos relativos às respectivas parcelas consignadas no termo.

Há decisões neste sentido:

RECURSO DE REVISTA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE QUITAÇÃO. LIMITES DA EFICÁCIA LIBERATÓRIA. A eficácia liberatória geral do termo de acordo firmado junto à comissão de conciliação prévia opera efeitos quanto às importâncias expressamente consignadas no termo, e não à totalidade dos títulos salariais ou indenizatórios pertinentes ao contrato de trabalho. A ressalva está relacionada apenas aos valores que constam do termo de conciliação e não a todo o contrato de trabalho. Precedentes da 3ª Turma. Recurso de revista conhecido e provido. TST, 3ª T, RR - 3574/2005-019-09-00, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota, DEJT - 07/08/2009.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - ACORDO EXTRAJUDICIAL. LIMITES. A quitação concedida pelo empregado, mediante termo de conciliação celebrado sob a

²⁸⁰ROMITA, Arion Sayão. Inovações no processo do trabalho. Revista Forense, vol. 353. Rio de Janeiro: Forense, jan/fev, 2001, p. 13.

intervenção da Comissão de Conciliação Prévia tem eficácia liberatória somente com relação às parcelas postuladas e valores que foram objeto da demanda submetida ao órgão conciliador. Essa é interpretação sistemática a ser dada ao parágrafo único do art. 625-E da CLT, em conjunto com os arts. 625-D, parágrafos 1º e 2º, da CLT e 320, *caput*, do CC-2002. Entendimento contrário constituiria evidente violação aos princípios informativos do Direito do Trabalho e à garantia constitucional da tutela jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV, da CR/88. TRT/MG - PROC: 00264.2005.054.03.00.1 – Rel. Designado Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria. DJ/MG 11.11.2005.

Em sentido contrário, Arnaldo Süssekind²⁸¹, Valentin Carrion²⁸² e Sérgio Pinto Martins²⁸³, pois advogam que o artigo 625-E da CLT autoriza a transação e a renúncia de direitos trabalhistas.

Há farta jurisprudência adotando a tese de ampla eficácia liberatória:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACORDO FIRMADO EM COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE RESSALVAS. EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL. Não há como limitar os efeitos liberatórios do termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia, quando não há nenhuma parcela expressamente ressalvada, sob pena de se negar vigência ao art. 625-E, parágrafo único, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. TST, 7ª T, AIRR - 1227/2004-012-04-40, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, DEJT - 14/08/2009.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE QUITAÇÃO. EFICÁCIA. Segundo o art. 625-E da CLT e a jurisprudência desta Corte, o termo de quitação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento, para conferir eficácia liberatória geral ao termo de quitação e decretar a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inc. TST, 5ª T, RR - 1072/2006-008-01-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira DEJT - 07/08/2009.

RECURSO DE REVISTA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. ACORDO SEM RESSALVAS. EFICÁCIA LIBERATÓRIA. EFEITOS. I - Esta Corte tem reiteradamente decidido pela eficácia liberatória geral do termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia, quando não há

²⁸¹SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 22ª ed., Vol. 1, 2005, p. 220.

²⁸²CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva. 29ª ed., 2004, p. 472.

²⁸³MARTINS, Sergio Pinto. Comissões de Conciliação Prévia e Procedimento Sumaríssimo. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 21/22.

aposição de qualquer ressalva, como dispõe claramente o artigo 625-E da CLT. Precedentes da SBDI-1 e de Turmas. II Recurso provido. TST, 4ª T, Rel. Min. Barros Levenhagem, RR - 137/2008-242-09-00, DEJT - 07/08/2009.

CARÊNCIA DA AÇÃO. DEMANDA TRABALHISTA. SUBMISSÃO A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO QUE NÃO SE PRONUNCIA. 1. Revela-se consentânea com os princípios constitucionais consagrados no artigo 5º, XXXV e LIV, da Constituição da República interpretação do artigo 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho no sentido de que a norma consolidada estabelece mera faculdade às partes de tentar a composição perante comissão de conciliação prévia, antes de buscar a solução judicial do conflito. O termo de conciliação firmado poderá ter, então, eficácia liberatória geral - exceto se consignada ressalva expressa e específica quanto a parcelas a cujo respeito não se haja alcançado o consenso (artigo 625-E, parágrafo único, da CLT). Nessa hipótese, em que consubstanciada a quitação geral do contrato de trabalho, o empregado não poderá reclamar perante o Poder Judiciário diferenças resultantes dos títulos que tenham sido objeto do termo de conciliação, uma vez caracterizado ato jurídico perfeito. 2. A norma em comento tem por escopo facilitar a conciliação extrajudicial dos conflitos, com a finalidade de aliviar a sobrecarga do Judiciário Trabalhista. Ora, num tal contexto, milita contra os princípios que informam o processo do trabalho notadamente os da economia e celeridade processuais - a decretação da extinção de processo já na sede extraordinária. Extinguir-se o feito em tais condições, ainda mais nesta instância superior, importaria desconsiderar os enormes prejuízos advindos de tal retrocesso, tanto para a parte autora como para a Administração Pública, ante o desperdício de recursos materiais e humanos já despendidos na tramitação da causa. Além do desperdício da prova e de todo o material processual já colhido, a extinção do feito poderia acarretar dificuldades intransponíveis sobretudo para a parte economicamente mais fraca quanto à nova produção de provas. 3. Não é de se olvidar, ainda, que, se as partes já recusaram a proposta conciliatória obrigatoriamente formulada pelo juiz da causa e até o presente momento não demonstraram interesse algum na conciliação, impor ao reclamante a obrigação de comparecer perante comissão de conciliação prévia para o cumprimento de mera formalidade, em busca da certidão de tentativa de acordo frustrado, para somente então ajuizar novamente a reclamação, constitui procedimento incompatível com o princípio da instrumentalidade das formas. 4. Impossível deixar de considerar, ademais, que o crédito trabalhista destina-se ao suprimento das necessidades materiais básicas do empregado e de sua família, e que o retrocesso da marcha processual irá postergar ainda mais a satisfação do direito vindicado, protraindo no tempo situação comprometedor da dignidade do trabalhador. 5. Recurso de revista não conhecido. TST, 1ª T, RR - 1621/2002-063-01-00, Rel. Min. Lélío Bento Correa, DEJT - 01/08/2009.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE CONCILIAÇÃO. EFICÁCIA LIBERATÓRIA. O termo de conciliação firmado perante a comissão de conciliação prévia, nos

termos da lei, tem força de título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas, tratando-se de negócio jurídico perfeito e acabado, dispensando a homologação pelo judiciário. O recorrente aceitou, espontaneamente, a via da conciliação, não podendo, desta feita, ingressar em juízo objetivando haver possíveis diferenças de verbas salariais que entende ainda lhe serem devidas. O comparecimento perante a comissão não é obrigatório, mas a parte que lá comparece e aceita a autocomposição tem que responder pelos efeitos jurídicos do ato que praticou. TRT/RJ - PROC: 00590.2002.201.01.00.8 – Rel. Designado: Juiz Paulo Roberto Capanema da Fonseca. DJ/RJ 14.05.2004.

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL. CARÊNCIA DE AÇÃO. O termo de conciliação entre as partes perante a comissão de conciliação prévia, ao contrário do que ocorre com o termo de rescisão do contrato de trabalho, envolve concessões recíprocas e, desse modo, tem eficácia liberatória geral quanto às obrigações oriundas do contrato. Salvo em reação àquelas expressamente ressalvadas, conforme preceitua o artigo 625-E, parágrafo único da CLT. Não havendo qualquer ressalva no termo de conciliação, consideram-se extintas as obrigações trabalhistas e, em consequência, mostra-se ausente o interesse processual do empregado para ajuizamento da reclamatória, nos termos do artigo 3º do CPC, perfectibilizando-se a carência de ação, que impõe a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, V do CPC. Provimento negado. TRT 4ª Reg. RO 01165.2002.305.04.00.3. Ac. 4ª T – julgado em 11/12/03. Rel. Juiz Darcy Carlos Mahle. DJRS 29/01/04.

Luiz de Pinho Pedreira²⁸⁴ defende que a quitação concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento, da mesma forma como defendia o TST, na cancelada Súmula 41. Júlio Bernardo do Campo²⁸⁵, também defensor dessa posição, diz que o art. 477, § 2º, da CLT, deve ser interpretado em consonância com seu fim social, de acordo com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, o trabalhador deve ser protegido em relação à quitação efetuada, já que esta ocorre no momento em que o trabalhador está sem emprego.

É absurdo o comando da lei que determina a eficácia liberatória plena, com “presunção de quitação total do contrato”, salvo quando houver ressalva, repassando ao empregado a preocupação e o ônus de fazer a ressalva. Além disso, dar quitação plena, sem que isto tenha sido expressamente negociado, com transparência nas tratativas,

²⁸⁴SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 138.

²⁸⁵CARMO, Júlio Bernardo do. Da eficácia liberatória da quitação advinda de homologação de rescisão contratual. São Paulo: Revista LTr, Março de 1994, p. 306.

contraria o princípio de que a transação deve ser interpretada restritivamente e demonstra a má-fé do empregador (e do próprio legislador) ao querer quitar além daquilo que pagou.

Dallegrave²⁸⁶ também reconhece o abuso do direito:

Ora, a quitação, via de regra, deveria dar-se no limite das verbas que foram objeto da demanda junto às Comissões e pelo valor ajustado (...). É lamentável verificar que a hegemonia do capital, idealizada pelo ideário neoliberal, com o propósito de reduzir número de ações trabalhistas, seja capaz de romper regras comezinhas do direito privado, deformando a ciência jurídica por meio de figuras anômalas como essa da “eficácia liberatória geral em transações extrajudiciais”. Se, por um lado, é saudável a idéia de aproximar as partes para uma autocomposição do litígio, não se justifica falar em “presunção de quitação plena do contrato”. Há aqui um *in dubio pro empregador* na medida em que o silêncio, quanto ao registro de ressalvas, favorece-o absurdamente.

(...)

Essa conduta de levar vantagem indevida, de querer quitar mais do que se pagou, fere a chamada boa-fé objetiva que, por sua vez, na seara contratual, é mais relevante que a boa-fé subjetiva.

De fato, propor que o empregado dê quitação total além do valor efetivamente pago é conduta que fere a boa-fé objetiva, assim entendida como o dever de agir de acordo com o padrão socialmente aceito, socialmente recomendado, pautado na ética, na lisura, na honestidade. Não se pode admitir que um empregado, extrajudicialmente e inadvertidamente, dê quitação além dos valores efetivamente pagos.

Para Sebastião Saulo Valeriano²⁸⁷ e Vicente José Malheiros da Fonseca²⁸⁸ a quitação dá-se apenas sobre as parcelas discriminadas no termo de acordo e não ressalvadas.

Abaixo jurisprudência a respeito da tese:

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE CONCILIAÇÃO. EFICÁCIA LIBERATÓRIA. ABRANGÊNCIA. A eficácia liberatória geral de que trata o parágrafo único do art. 625-E da CLT há de ser compreendida apenas em relação àquelas parcelas objeto da demanda exposta à Comissão de Conciliação, não compreendendo quitação geral do contrato de trabalho no que respeita a outras verbas trabalhistas que não tenham sido objeto expresso da conciliação.

²⁸⁶DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho, cit., p. 26.

²⁸⁷VALERIANO, Sebastião Saulo. Comissões de Conciliação Prévia Trabalhistas: Lei 9.958/2000: aspectos controvertidos e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2003, p. 94.

²⁸⁸FONSECA, Vicente José Malheiros da. Comissões de Conciliação Prévia. Justiça do Trabalho, ano 18, n° 210. Porto Alegre: HS Editora Ltda., Junho, 2001, p. 27.

Logo, não haverá eficácia liberatória da parcela e o pagamento, com ou sem ressalva, apenas quitará valores e não prestações ou parcelas.

A respeito do tema, Godinho disserta²⁸⁹:

(...) a Carta não conferiu, no plano juslaborativo, a qualquer entidade ou processo inerentes à sociedade civil, excetuada a negociação coletiva, poderes superiores aos restritos conferidos à transação meramente bilateral trabalhista. Tal como se passa com a arbitragem trabalhista, que tende a ficar restrita ao plano do Direito Coletivo, não se ajusta à Carta Magna fórmula de solução de conflito empregatício que dispense a observância e respeito aos princípios nucleares do Direito do Trabalho; tal fórmula, no Direito brasileiro, somente tende a ser válida no plano do Direito Coletivo do Trabalho, porque somente nesse plano é que podem existir garantias grupais necessárias para uma equânime distribuição de poder no âmbito dos sujeitos em conflito. Em conformidade com o que se expôs anteriormente, o Direito Individual do Trabalho, ao menos em sua regulamentação constitucional brasileira, não fornece mecanismos com poderes tão extensos quanto os imaginados pela Lei 9.958 em favor dessas entidades (...).

De fato a extensão de tão amplo poder aos conciliadores das CCPs, tanto no que se refere à transação de direitos constitucionalmente indisponíveis quanto à pretendida eficácia liberatória geral destes mesmos direitos, que pode ser concedida facilmente por um termo de quitação emitido pelas CCPs, é inconstitucional. O artigo 625-E da CLT, como os demais que autorizam a transação extrajudicial, só podem ser considerados constitucionais, diante de uma interpretação conforme a Constituição, isto é, apenas quando incidir sobre direitos patrimoniais disponíveis.

²⁸⁹DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 1435.

CAPÍTULO V

REFLEXOS DO AVANÇO DA TECNOLOGIA E DA GLOBALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia e modificação dos meios de produção novos trabalhadores surgiram. Em outros, a antiga legislação exigiu interpretação evolutiva para sua adaptação às novas realidades. São exemplos: digitador, teleatendente, motoentregador, etc.

2. DIGITADOR

O artigo 72 da CLT concedeu aos empregados em serviço de mecanografia e datilografia o intervalo intrajornada (computado na jornada) de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho. A finalidade do descanso foi a de reduzir os riscos de lesão por esforço repetitivo (LER²⁹⁰), amenizando a nocividade do trabalho.

²⁹⁰LER – Lesão por esforço repetitivo é a nomenclatura que se dá a um grupo de doenças adquiridas por movimentos repetidos que atacam músculos, tendões e nervos provocando a irritação e lesão destes. A LER inclui várias doenças entre as quais, tenossinovite, tendinites, epicondilite, síndrome do túnel do carpo, bursite, dedo em gatilho, síndrome do desfiladeiro torácico e síndrome do pronador redondo. Informações obtidas no site <http://www.sitemedico.com.br/sm/materias/index.php?mat=672>, acesso em 02/12/09.

Com a evolução das manuais máquinas de escrever em elétricas e eletrônicas e, logo depois, na sua substituição pelos teclados dos computadores, o trabalho do datilógrafo foi substituído pelo digitador.

Por isso, as pausas criadas para os datilógrafos no artigo 72 da CLT foram estendidas aos digitadores, em face da semelhança²⁹¹ na execução do serviço (Súmula 346 do TST).

Entretanto, o excesso de trabalho junto aos monitores de computadores ocasiona secura e irritação constante nos olhos²⁹², além do incômodo da luminosidade e reflexos das telas, sintomas ainda não apresentados no datilógrafo. Tais nocividades, conjugadas com a radiação emitida pela máquina e os esforços repetitivos exigiram a revisão das regras de medicina e segurança do trabalho, pois as existentes na CLT já não mais atendiam à realidade enfrentada pela nova formatação da função, decorrente da necessária adaptação do trabalho com as novas tecnologias.

Por este motivo, foi expedida a NR 17, que trata de ergonomia e estabelece parâmetros que permitem a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, para proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente.

A NR 17, anexo I, item 17.6.4, determina:

17.6.4. Nas atividades de processamento eletrônico de dados, deve-se, salvo o disposto em convenções e acordos coletivos de trabalho, observar o seguinte:

- a) o empregador não deve promover qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos nas atividades de digitação, baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie;
- b) o número máximo de toques reais exigidos pelo empregador não deve ser superior a 8 (oito) mil por hora trabalhada, sendo considerado toque real, para efeito desta NR, cada movimento de pressão sobre o teclado;
- c) o tempo efetivo de trabalho de entrada de dados não deve exceder o limite máximo de **5 (cinco) horas**, sendo que, no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades, observado o disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do

²⁹¹ Apesar das semelhanças nos toques sobre o teclado, a rapidez na repetição do movimento aumentou e a força sobre a tecla diminuiu.

²⁹² Já se notifica o aparecimento de uma nova doença “meia cegueira” ou síndrome visual do computador, em que o portador perde temporariamente a visão da parte inferior. A hidratação com colírios e outros tratamentos resgatam a visão. Informações obtidas http://www.braznet.org/info/super_dica.htm, acesso em 02/12/09.

Trabalho, desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual;

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

e) quando do retorno ao trabalho, após qualquer tipo de afastamento igual ou superior a 15 (quinze) dias, a exigência de produção em relação ao número de toques deverá ser iniciado em níveis inferiores do máximo estabelecido na alínea "b" e ser ampliada progressivamente. (grifos nossos).

Percebe-se que a NR 17, aprovada pela Portaria no 3.751/90 do MTE, estabelece uma jornada especial (5 horas) e intervalo inferior ao previsto no artigo 227 da CLT.

A norma é de medicina e segurança do trabalho que, por força de delegação normativa (art. 190 da CLT), é fonte formal de direito para proteger a saúde do trabalhador, podendo apontar as atividades insalubres, perigosas e as que acarretam doenças decorrentes do trabalho ou profissionais. Por não ser lei formal, já que é ato emitido por autoridade administrativa (art. 84, IV, da CRFB), a NR17 não tem validade para fixar jornada ou intervalo ou para contrariar lei em sentido diverso.

Não se trata de conflitos de normas, pois só há choque entre regras válidas de igual hierarquia que disciplinem a mesma matéria de forma diversa. Não é o caso.

Explica-se.

O Capítulo II, destinado ao tema “duração do trabalho”, que compreende os artigos 57 a 75 da CLT, não contém sequer um comando de delegação normativa a qualquer órgão do Executivo, muito menos à Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho. Ao contrário, o artigo 155 da CLT limita a competência normativa do referido órgão:

Art. 155 - Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho:

I - estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste Capítulo, especialmente os referidos no art. 200;

(...)

Art. 157 - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

(...)

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de

trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

(...)

Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

(...)

Portanto, quando o legislador desejou conceder delegação normativa para autorizar o órgão do executivo a legislar, o fez expressamente.

Logo, a jornada dos digitadores é de 8 horas (regra geral destinada aos demais empregados) até que lei especial regule a matéria de forma diversa e o intervalo especial intrajornada a que tem direito é o previsto no artigo 72 da CLT.

Também não se aplica ao digitador a jornada da telefonista (art. 227 da CLT) porque não trabalha com atendimento de telefone nem em mesa telefônica.

Assim também tem entendido a jurisprudência majoritária:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. DIGITADOR. HORAS EXTRAORDINÁRIAS INDEVIDAS. O empregado que exerce as funções de digitador não faz jus à jornada de trabalho de 6 horas prevista no art. 227 da CLT, que refere-se a empregados de empresas que explorem o serviço de Telefonia, Telegrafia Submarina e Subfluvial, Radiotelegrafia e Radiotelefonía. Recurso de revista conhecido e não provido. TST, 6ª T., RR-10250/2002-900-17-00.9, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 24/08/07.

RECURSO DE REVISTA - ATIVIDADE DE DIGITADOR NR 17 - JORNADA DIÁRIA DE CINCO HORAS INTERVALOS DE DEZ MINUTOS A CADA CINQUENTA TRABALHADOS DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURAÇÃO De acordo com a Súmula n.º 23 do TST Não se conhece de recurso de revista ou de embargos, se a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos e a jurisprudência transcrita não abranger a todos. No caso concreto, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da Reclamante sob dois fundamentos: a) a jornada do digitador é a

comum de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, com intervalos de dez minutos a cada 90 de trabalho consecutivo; e b) a autora não era digitadora, na medida em que as atividades desenvolvidas não envolviam digitação contínua e ininterrupta. Os arestos paradigmas transcritos, diferentemente, tratam da questão apenas sob a ótica do exercício ou não da função de digitador. Hipótese em que o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial esbarra no óbice da citada Súmula n.º 23 do TST. Recurso de revista não conhecido. TST, 3ª T, RR - 1791/2007-044-03-00, Rel. Min. Douglas Alencar Araújo, DEJT - 19/06/2009.

De forma contrária, Maurício Godinho²⁹³ no sentido de que a NR 17 do MTE tem respaldo constitucional – art. 7º, XXII, da CRFB e, por isso, fixa a jornada dos digitadores em cinco horas e intervalo de 10 a cada 50 minutos. Aparentemente no mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins²⁹⁴, que argumenta que houve delegação normativa (art. 200 da CLT) para a fixação da jornada (limitação ao tempo à exposição à nocividade).

3. OPERADOR DE TELEATENDIMENTO

Com a ampliação dos meios de comunicação e a supremacia dos poderes da informação nova profissão foi criada, a de teleatendente ou operador de telemarketing.

Este ofício normalmente é exercido por meio do telefone e diante da tela do computador e tem como objetivo atender (passivo) ou emitir (ativo) ligações telefônicas ao cliente ou ao público em geral. Algumas vezes o operador também tem como atribuição o oferecimento de produtos, a coleta de dados ou a propaganda de certos produtos ou serviços.

Por isso, não se aplica a jornada reduzida prevista no artigo 227 da CLT quando a atividade de telefonista for conjugada com a de recepcionista ou a de atendente, ou qualquer outra – OJ 273 da SDI-I do TST. Isto se explica porque não trabalham exclusivamente e de forma ininterrupta com atendimento de telefone. A nocividade do trabalho da telefonista decorre exatamente do cansativo trabalho de atender e repassar a

²⁹³DELGADO, Maurício Godinho Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 866.
²⁹⁴MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2001, p. 483.

ligação, sem diálogos ou conversas e qualquer outra atividade. Alice de Barros²⁹⁵, em sentido contrário, aplica a jornada de seis horas aos teleatendentes.

Os operadores de teleatendimento também não têm direito aos descansos especiais intrajornada destinados aos digitadores (art. 72 da CLT), pois também não se limitam a digitar informações, intercalando outras atribuições com a digitação, tais como leitura do contrato, dos dados constantes no monitor, preenchimento de formulários, conversas e explicações orais concedidas pelo telefone etc.

Em face da falta de regulamentação legal, já que não se enquadra nem como digitador nem como telefonista, mas de fato executa um pouco destes afazeres, foi expedido o Anexo II à NR 17 da MTE para regular a profissão. O Anexo II fixa jornada de seis horas, intervalo para repouso e alimentação de 20 minutos, não computado na jornada e dois intervalos especiais de 10 minutos, um antes e outro depois do intervalo para alimentação.

Pelos mesmos motivos e fundamentos acima explanados, entende-se que as benesses acima não fixam a jornada de trabalho nem criam intervalos especiais, porque não tem o status de lei e, de acordo com o artigo 22, I da CRFB, compete privativamente à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre Direito do Trabalho.

4. TELETRABALHADOR

A globalização, a moderna informática e o progresso nas telecomunicações propiciaram o aumento de contratação de trabalhadores à distância. Por outro lado, a necessidade de redução de custos favoreceu a migração da mão de obra. É possível e, algumas vezes até mais barato, a contratação de empregados que executem o serviço em sua própria casa²⁹⁶, na rua ou praça²⁹⁷ ou em outro estado ou país.

²⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais do trabalho, São Paulo: LTr, 2008, 3. ed., p. 507.

²⁹⁶Empregado em domicílio é espécie de teletrabalhador, pois executa seus serviços fora do estabelecimento do patrão. Como não há regras destinadas a esses tipos de trabalhadores sugere-se uma interpretação extensiva dos dispositivos destinados aos empregados em domicílio. O art. 6º da CLT determina que não pode haver distinção entre o empregado que trabalha dentro do estabelecimento do empregador daquele que trabalha no seu próprio domicílio, salvo dispositivo legal em contrário. Outro dispositivo legal preocupou-se com o conceito de trabalho em domicílio – art. 83 da CLT, considerando-o como aquele que é “executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de

Antes deste fenômeno, a contratação de trabalhadores à distância era rara e muitas vezes evitada, ante a dificuldade de fiscalização dos serviços, da dedicação do tempo exclusivamente ao empregador e a possibilidade de delegação daqueles a outra pessoa.

“Tele”, de acordo com o Dicionário²⁹⁸, significa longe, à distância. Logo, teletrabalho quer dizer trabalho à distância, trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador. O trabalho em domicílio é espécie do gênero teletrabalho. Não há necessidade de o empregado utilizar instrumentos de informática ou de telecomunicação.

Segundo Rodrigues Pinto²⁹⁹, teletrabalho corresponde a “uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato a distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal”.

O teletrabalho pode ser desenvolvido no domicílio do empregado ou em um centro de computação, um escritório virtual ou alugado por hora para este fim aos interessados, pois há uma descentralização do estabelecimento, pulverizando a “comunidade obreira”³⁰⁰.

Para outros³⁰¹ - ³⁰² teletrabalho é espécie do gênero trabalho à distância desenvolvido por meio da telemática, isto é, com uso exclusivo da informática, não estando incluído o trabalho com utilização de telefones ou outros meios de comunicação. Pinho Pedreira³⁰³, em posição minoritária, acrescenta que o teletrabalho

empregador que o remunere”. O conceito de domicílio deve ser aquele estabelecido no art. 70 do CC. A CLT, na verdade, quis deixar claro que é possível existir relação de emprego, mesmo quando o empregado não comparece diariamente ou nunca comparece ao estabelecimento. O mesmo raciocínio deve ser aplicado a todos os demais teletrabalhadores, pois o legislador não teve intenção em discriminar, mas em dar tratamento diferenciado, ante a presunção legal de trabalho sem controle e fiscalização. A doutrina tem sido tolerante com a ajuda eventual ou insignificante de familiares ou amigos no cumprimento das tarefas, defendendo que nestes casos permanece o vínculo entre o empregado em domicílio e o patrão, desde que a prestação de trabalho não assuma a feição de empreendimento autônomo ou familiar. A própria CLT se refere ao trabalho em oficina de família, autorizando, implicitamente, a ajuda de familiares na mão-de-obra. A pedra de toque para a descaracterização da relação de emprego pode ser notada quando o empregado passa a contratar (ou intermediar, obtendo lucro) ajudantes, a investir no negócio, adquirindo maquinaria, matéria-prima, utensílios industriais etc. Só a análise do caso concreto pode demonstrar a existência ou não do vínculo de emprego.

²⁹⁷ O vendedor praticista é regido pela Lei 3.207/57.

²⁹⁸ HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Verbete: “tele”. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.686.

²⁹⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. 115.

³⁰⁰ *Idem*.

³⁰¹ PEDREIRA, Pinho. “O teletrabalho”. Revista LTr. v. 64, n. 5. São Paulo: LTr, maio 2000, p. 583.

³⁰² CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

³⁰³ PEDREIRA, Pinho, op. cit., p. 584.

normalmente é exercido fora do local de trabalho, mas excepcionalmente pode ser prestado parcialmente no estabelecimento.

Uma terceira corrente³⁰⁴ advoga que teletrabalho também pode ser denominado de trabalho periférico, trabalho à distância, trabalho remoto e quer dizer “prestação de serviço destinado a outrem sob a subordinação deste, exercido por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com o suporte de modernos instrumentos e tecnologias relacionados às telecomunicações e informática”, admitindo a execução parcial do trabalho internamente no estabelecimento. João Hilário³⁰⁵ aponta três elementos básicos para caracterização do teletrabalho: a) utilização de novas tecnologias referentes à informática e à telecomunicação; b) ausência ou redução do contato pessoal do trabalhador com o patrão, superiores hierárquicos ou colegas; c) o local de prestação de serviços geralmente é a casa do trabalhador.

Há, ainda, os que preferem³⁰⁶ conceituar teletrabalho como aquele desenvolvido fora do estabelecimento do empregador desde que executado por meio da moderna tecnologia.

Amauri Mascaro Nascimento³⁰⁷ afirma que teletrabalhador é aquele que trabalha perante a tela do computador ou outros equipamentos modernos (fotocopiadoras, internet, modem, telefones celulares, fax, site etc.), não exigindo a presença física do trabalhador na empresa.

Apesar de executar o trabalho longe dos olhos do patrão a subordinação, requisito essencial para a caracterização do liame empregatício, está presente neste tipo de trabalho e incide sobre os serviços³⁰⁸ e não sobre a pessoa que o executa.

Arion Romita³⁰⁹ muito bem observou que:

A subordinação deve gravitar em torno da atividade e exercitar-se pela integração do empregado na organização empresarial. Neste contexto, a relação de trabalho, caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso, não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem objetiva.

³⁰⁴ VALENTIM, João Hilário. “Teletrabalho e relações de trabalho”. In Revista Gênese de Direito do Trabalho. Curitiba, Gênese, 1999, p. 526.

³⁰⁵ VALENTIM, João Hilário. “Teletrabalho e relações de trabalho”. In Revista Gênese de Direito do Trabalho. cit. p. 527.

³⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 76.

³⁰⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 127.

³⁰⁸ Subordinação objetiva é a que incide sobre o trabalho executado e a subjetiva a que incide sobre a pessoa do trabalhador.

³⁰⁹ ROMITA, Arion Sayão. A subordinação no contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 80.

Sérgio Pinto³¹⁰ afirma que a subordinação que existe entre empregador e teletrabalhador é denominada de parassubordinação ou de telessubordinação, isto é, de subordinação à distância.

Percebe-se que alguns acórdãos também utilizam as expressões como sinônimas:

PARASSUBORDINAÇÃO. JORNALISTA. CORRESPONDENTE. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO RELACIONADO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Encontra-se sob o manto da legislação trabalhista, porquanto presentes os pressupostos do art. 3º, da CLT, a pessoa física que prestou pessoalmente os serviços de correspondente jornalístico, onerosamente. Ao exercer a atividade relacionada com a busca de notícias, bem como com a respectiva redação de informações e comentários sobre o fato jornalístico, o profissional inseriu-se no eixo em torno do qual gravita a atividade empresarial, de modo que, simultaneamente, como que se forças cinéticas, a não eventualidade e a subordinação, esta última ainda que de maneira mais tênue, se atritaram e legitimaram a caracterização da relação empregatícia. As novas e modernas formas de prestação de serviços avançam sobre o determinismo do art. 3º da CLT, e alargam o conceito da subordinação jurídica, que, a par de possuir diversos matizes, já admite a variação periférica da parassubordinação, isto é, do trabalho coordenado, cooperativo, prestado extramuros, distante da sua original concepção clássica de subsunção direta do tomador de serviços. Com a crescente e contínua horizontalização da empresa, que se movimenta para fora de diversas maneiras, inclusive via terceirização, via parassubordinação, via micro ateliers satélites, adveio o denominado fenômeno da desverticalização da subordinação, que continua a ser o mesmo instituto, mas com traços modernos, com roupagem diferente, caracterizada por um sistema de coordenação, de amarração da prestação de serviços ao empreendimento por fios menos visíveis, por cordões menos densos. Contudo, os profissionais, principalmente os dotados de formação intelectual, transitam ao lado e se interpenetram na subordinação, para cujo centro são atraídos, não se inserindo na esfera contratual do trabalho autônomo, que, a cada dia, disputa mais espaço com o trabalho subordinado. Neste contexto social moderno, é preciso muito cuidado para que os valores jurídicos do trabalho não se curvem indistintamente aos fatores econômicos, devendo ambos serem avaliados à luz da formação histórica e dos princípios informadores do Direito do Trabalho, de onde nasce e para onde volta todo o sistema justralhista. O veio da integração objetiva do trabalhador num sistema de trocas coordenadas de necessidades cria a figura da parassubordinação e não da para-autonomia. Se a região é de densa nebulosidade, isto é, de verdadeiro fog jurídico, a atração da relação jurídica realiza-se para dentro da CLT e não para dentro do Código Civil, que pouco valoriza e dignifica o trabalho do homem, que é muito livre para contratar, mas muito pouco livre para ajustar de maneira justa as cláusulas deste contrato. TRT/MG – Proc:

³¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 95.

A respeito da subordinação integrativa ou estrutural, aspecto moderno da antiga subordinação, Godinho³¹¹ afirma que “estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”

Em outras palavras, toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade fim da sociedade empresarial, de acordo com sua dinâmica e métodos ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento do empregador ou do tomador de serviços. Esse argumento tem sido utilizado para afastar o óbice imposto pela parte final da Súmula 331, III, do TST e, conseqüentemente impedir as terceirizações ilícitas ou irregulares, deixando o liame empregatício se formar com o tomador dos serviços.

A jurisprudência já reconhece a parassubordinação como novo elemento ou característica da modernidade:

TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica (TELEMAR). E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas “colaborar”. A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema olhista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II, da Lei no 9.472/97, pois no contexto fático em

³¹¹DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. São Paulo: Revista LTr 70-06/667.

que se examina o presente caso, aparece da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT – art. 2o, caput – o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais. TRT, 3ª Reg., 1ª T., RO 00059-2007-011-03-00-0, Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior, publicada em 21/08/07.

Apesar da presunção de que teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, não tem sua jornada de trabalho controlada, motivo pelo qual está inserido na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, a tecnologia tem, cada vez mais, permitido a apuração da quantidade de trabalho ou do tempo “conectado” ou trabalhado. São exemplos de mecanismos de controle ou monitoramento: webcâmera, intranet, intercomunicador, telerádio, telefone, GPS, localizador ou radar, estipulação de um número mínimo de tarefas diárias etc, contador de palavras e toques nas teclas de computadores etc.

Mesmo externos, se presentes os métodos de controles acima, o empregado terá direito ao Capítulo “Da Duração do Trabalho” e se comprovadas as horas extras e/ou noturnas, deverão ser pagas, pois a lei limitou a tutela protetiva em face de uma presunção jurídica (presume-se que o trabalhador externo não é controlado e fiscalizado, daí porque excluído do Capítulo em comento, na forma do artigo 62 da CLT), que pode ser afastada por prova em contrário.

5. DIREITO À DESCONEXÃO

A lei considerou como sobreaviso o tempo que o ferroviário permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, devendo este tempo durar, no máximo, 24 horas e ser remunerado na razão de 1/3 da hora normal (§ 2º do art. 244 da CLT).

Preferiu o legislador amenizar os efeitos do art. 4o da CLT, pois não concedeu a paga da hora cheia, mas apenas de 1/3 da hora normal. Isto se explica porque, apesar de limitado o direito de ir e vir, o trabalhador permanecia no conforto de seu lar,

aguardando o chamado do patrão e por se tratar de atividade pública essencial à população, passível de imprevistos.

A jurisprudência estendeu o direito ao sobreaviso ao eletricitário, na razão de 1/3 da totalidade das parcelas de natureza salarial, por aplicação analógica do art. 244, § 2o, da CLT – Súmula 229 do TST.

Quando o trabalhador fica obrigado a portar qualquer tipo de intercomunicador, telerádio, BIP, celular, pager ou laptop para ser encontrado, chamado ou conectado, mesmo que vez ou outra, seja para trabalhar ou para resolver problemas da empresa à distância, terá direito à remuneração deste tempo à disposição. Isto se explica porque não se pode comparar o empregado que, ao final da jornada, pode se desligar do trabalho e relaxar, com aquele que, apesar de ter saído do ambiente de trabalho ao final da jornada, ainda leva consigo um prolongamento do ofício, tendo que responder com habitualidade aos chamados do empregador. Da mesma forma Alice Monteiro de Barros³¹².

Além da remuneração pelo “tempo à disposição” ou de sobreaviso tem o trabalhador o direito fundamental ao descanso, sem os incômodos da modernidade nem ter sua intimidade e privacidade invadida.

O direito à “desconexão” foi apontado por Souto Maior³¹³ como direito fundamental do trabalhador ao repouso e à privacidade, uma vez que o total afastamento do ambiente de trabalho e dos problemas decorrentes preserva os momentos de relaxamento, de lazer, o tranquilo convívio familiar, o ambiente domiciliar etc. São bem recebidas as medidas que impedem as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.

Souto Maior³¹⁴ esclarece que:

Ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito as contradições que marcam o nosso “mundo do trabalho”.

³¹² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 973.

³¹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf. Acesso em: 17 set. 2008.

³¹⁴ http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18466/Do_Direito_%C3%A0_Desconex%C3%A3o-do_Trabalho.pdf?sequence=2, Acesso em 04/12/09.

A primeira contradição está exatamente com a preocupação com o não-trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego.

A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas por outro lado, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho.

Em terceiro plano, em termos das contradições, vale notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com o seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder o mercado no mercado de trabalho.

Portanto, o direito à desconexão ou ao não-trabalho perpassa por quatro elementos: o estresse enfrentado pelo trabalhador por ter que se manter o tempo todo atualizado, causando além da fadiga mental, em alguns casos, o vício (doença relacionada ao trabalho); o direito ao descanso sem reflexos do trabalho (reposição das energias e higiene mental); o direito à privacidade e intimidade³¹⁵; direito a trabalhar menos, ou ao limite de trabalho (direito à saúde³¹⁶).

Além disso, alguns aparelhos ou ferramentas de trabalho limitam o direito de ir e vir do empregado, pois não funcionam em determinados pontos ou localidades. Mesmo que se argumente que a limitação é bem mais amena e suave que a preconizada pelo art. 244, § 2o, da CLT, pois o raio de abrangência dos sinais está cada vez maior, o direito de o trabalhador ao sobreaviso enquanto estiver portando o intercomunicador, rádio ou qualquer outro aparelho similar. O fato de não permanecer em casa aguardando ordens, nos moldes da lei, como ocorria com os antigos ferroviários, não afasta uma interpretação histórico-evolutiva e extensiva do dispositivo legal em estudo. O desconforto por ficar preocupado (ligado, conectado) todo o tempo com a área de atuação do aparelho, com o sinal, com o local onde está, com os chamados não atendidos, com os problemas que terá que resolver à distância, deve ser remunerado ou

³¹⁵Fere a intimidade o monitoramento do empregado em áreas reservadas ao lazer, em banheiros. Da mesma forma, a violação de correspondência eletrônica particular. A jurisprudência tem aceitado a invasão de email corporativo, isto é, fornecido pelo próprio empregador (TST – RR: 613/2000-013-10-00 – Rel. Designado: Ministro João Oreste Dalazen. DJU 10/06/2005).

³¹⁶A integridade física e psíquica do trabalhador é um direito fundamental e encontra respaldo Constitucional (art. 7º, XXII da CRFB), em normas internacionais (Convenções da OIT), na CLT (Capítulo V, Título II) e em inúmeras instruções normativas, normas regulamentares e portarias expedidas pelo órgão competente do Executivo. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) saúde “é o completo bem-estar psíquico, mental e social do indivíduo.” Apesar deste conceito ser mais idealista que realista, o importante é ter em mente que a busca deste estado de bem-estar é a premissa maior que se pretende quando se fala da saúde.

indenizado. Acresce mais que, esta garantia também decorre do art. 4o da CLT, cujo efeito excepcionalmente foi amenizado pelo legislador para o ferroviário, por se tratar de serviço essencial à população (transporte), assim como o fez para o aeronauta. O tempo que o empregado está aguardando a chamada é de sobreaviso e como tal deve ser remunerado (1/3 da hora normal). Já os chamados em si, isto é, o lapso temporal em que o trabalhador fica ao telefone, no computador ou intercomunicador resolvendo problemas da empresa é tempo de trabalho. Se este tempo à disposição ultrapassar o limite legal ou contratual, será considerado como extra.

Em sentido contrário, Sérgio Pinto Martins³¹⁷, por entender que o modelo contido no art. 244 da CLT se aplica apenas às limitações de ir e vir mais acentuadas, isto é, quando o trabalhador tiver que permanecer em casa aguardando ordens. Esta também é a posição de Arnaldo Süssekind³¹⁸, que defende que as horas de sobreaviso não se aplicam ao trabalhador que usa BIP, enquanto aguarda o chamado, por ter liberdade de se locomover, salvo se tiver que permanecer em algum local aguardando o chamado.

Aparentemente, a jurisprudência não acolheu nossa tese, pois a OJ 49 da SDI-I da TST, considerou que o uso do BIP não enseja sobreaviso.

6. PRESERVAÇÃO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE

De acordo com o Dicionário Houaiss³¹⁹ intimidade é a “qualidade ou caráter do que é íntimo à vida doméstica, cotidiana ambiente onde se tem privacidade”; relação muito próxima...” e privacidade “vida privada, particular, íntima”.

Todavia, há autores³²⁰ que diferenciam intimidade de privacidade. Afirmam que enquanto aquela se refere ao que ocorre no íntimo do trabalhador, em sua casa, no seu corpo, na conversa particular e correspondência, esta relaciona-se ao convívio social, ao relacionamento com amigos.

³¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 469.

³¹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: LTr., v. 2, 2000, p. 907.

³¹⁹ HOUAISS, Antônio. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 3.0 em DVD, 2009, acessado em 4/12/09.

³²⁰ Neste sentido João Lima Teixeira. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: LTr., v. 2, 2000, p. 806.

De qualquer sorte, a violação a estes dogmas causam dano moral, sofrimento e constrangimento. .

Dispõe o art. 5o, V, da CRFB: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Parece, pela forma redigida pelo legislador, que a Constituição distinguiu o dano moral do dano à imagem, (e segundo alguns, limitando nestas espécies o dano moral), pois mencionou três tipos de danos no inciso V.

Por outro lado, o art. 5o, X, da Constituição menciona que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desta forma dano moral “é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa, ligados à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito.³²¹”

Há procedimentos que podem ofender a intimidade e a privacidade, tais como interceptação da correspondência eletrônica (email) do empregado; escuta desautorizada de suas conversas telefônicas durante o expediente; monitoramento do ambiente de trabalho por meio de instalação de câmeras etc.

6.1. Email corporativo

Uma das formas de agilizar a comunicação dentro do ambiente de trabalho, de otimizar a rapidez no envio das ordens, tarefas e metas; de atingir o maior número possível de trabalhadores e, ao mesmo tempo, baratear os custos com tais mecanismos, foi a utilização do email (*eletronic mail*) corporativo, que significa o mecanismo de informações destinado ao recebimento e envio de mensagem para favorecer a comunicação à distância, por meio de meios eletrônicos criados pela informática e de endereços virtuais acessados pelo destinatário ou emitente (usuário) por computadores ou telefones multiuso. Será corporativo quando a correspondência eletrônica estiver vinculada ao trabalho e for de propriedade da empresa. Para tanto, os empregadores criam, custeiam e fornecem email corporativo e, em contrapartida, controlam o conteúdo e a quantidade de correspondências enviadas por seus empregados.

³²¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 734.

A partir daí entram em discussão duas garantias: o poder diretivo do empregador (livre iniciativa) e os direitos à intimidade, à privacidade e ao sigilo de correspondência do empregado (art. 5º, XII da CRFB). Havendo colisão entre princípios constitucionais a solução recomendável é a ponderação de interesses.

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O primeiro constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador em determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da atividade econômica, aí compreendido a hierarquia dos cargos e funções, bem como de escolher as estratégias e rumos do empreendimento. A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas e decorre expressamente do artigo 2º da CLT³²².

Aliás, a expressão subordinação deriva do termo *subordinare* (*sub* – baixo; *ordinare* – ordenar), isto quer dizer imposição da ordem, submissão, dependência, subalternidade hierárquica.

Sabendo-se que o empregador é o proprietário do email corporativo e que este é uma ferramenta de trabalho que deve ser corretamente utilizada durante a execução dos serviços, fácil é concluir que sobre ele pode existir controle para evitar o desvio de sua finalidade e o uso indevido. Convém ressaltar que sobre qualquer instrumento ou ferramenta de trabalho o empregador pode exercer o poder de vigilância e controle, principalmente sobre aqueles que ficam sob a guarda, a posse ou uso do trabalhador.

Em face do princípio da transparência e da boa fé, valores que devem permear toda relação contratual, deve o empregador, no ato da admissão ou quando da criação personalizada e entrega do endereço corporativo, avisar ou comunicar o empregado a respeito do controle de sua correspondência corporativa, sob pena de abuso do direito³²³. Isto porque todo poder tem limite. A entrega de um endereço virtual em que o

³²² Por este motivo a subordinação é jurídica e não técnica ou econômica.

³²³ Abuso do direito é o exercício de um direito subjetivo ou de prerrogativas individuais de forma exacerbada, fora dos limites normais que são baseados em princípios de comportamento e de direito, que importe em atos que violem a ética, a moral, a boa-fé, os bons costumes, o bem comum e a função social do direito. O artigo 187 do CC considera o abuso do direito como uma das modalidades do ato ilícito.

próprio usuário cria e só acessa a caixa postal com sua senha personalizada, pode acarretar na presunção de privacidade. O mesmo raciocínio pode ser estendido ao monitoramento visual por câmeras. As propositalmente escondidas fazem crer a existência de um ambiente privado, induzindo a pessoa a praticar atos que só o faria se estivesse sozinha, em local restrito.

O direito busca a segurança nas relações jurídicas, a previsibilidade, a transparência e não se coaduna com sua visão ética e reta a prática de atos que enseja interpretação duvidosa. Os comandos devem ser diretos, claros e transparentes.

Apesar dos argumentos acima, há decisão do TST em sentido contrário:

“E-MAIL” CORPORATIVO E “E-MAIL” PARTICULAR. Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o “e-mail” apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema (O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 64). Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: “e-mail” particular ou pessoal do empregado e “e-mail” corporativo. No caso de “e-mail” particular ou pessoal do empregado – em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador – ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em e-mail particular. Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado e-mail corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa. O “e-mail” corporativo distingue-se do e-mail pessoal ou particular do empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria empresa coloca à sua disposição para utilização em serviço. O “e-mail” corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética. A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador utilizada para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de e-mail da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos interno se confidenciais. É

claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da Internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes. Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do e-mail corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico. Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do e-mail corporativo na empresa. Cumpre ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do e-mail corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade. Se o e-mail é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins pessoais, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade. Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o e-mail corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III). Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra Belmonte: “Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados Legal Disclaimers ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário – e não à Empresa – a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto.” (in Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho, LTr, 2004, p. 113). TST – RR: 613/2000-013-10-00 – Rel. Designado: Ministro João Oreste Dalazen. DJU 10/06/2005.

Por outro lado, também constitui abuso do direito, o empregado que utiliza o email corporativo para fins ilegítimos, tais como atos de pedofilia, mensagens pornográficas etc. O patrão poderá puni-lo com a justa causa pelo uso indevido da ferramenta de trabalho.

6.2. Controle telefônico

De acordo com o artigo 5º, XII da CRFB “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

A interceptação da ligação telefônica constitui crime e invade a privacidade do empregado e só deve ser permitida quando previa e formalmente avisada ao usuário.

Assim também a jurisprudência majoritária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IMPUTAÇÃO DE JUSTA CAUSA. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. USO ILÍCITO DA PROVA. INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA INSCULPIDA NO INCISO XII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A escuta telefônica, no caso, tinha destinação específica, que não envolvia a reclamante. Logo, o uso das gravações contra ela, por aspectos paralelos à investigação policial, não estava coberto pela chancela judicial. Daí a ilicitude de sua utilização para punir delito de natureza trabalhista, fora da tipificação do art. 492 da CLT e genericamente enunciado como quebra de fidelidade. A norma do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, ao garantir o sigilo das comunicações telefônicas, expressa ressalva quanto à definição dos casos e situações que ensejarão a quebra do sigilo, e remete à lei a competência para ditar os limites do procedimento. A regulamentação, constante da Lei nº 9.296/1996, enfatiza a preservação do sigilo, não permite a divulgação das gravações fora do âmbito do inquérito ou do processo criminal, manda inutilizar tudo aquilo que não interessa à prova do delito investigado. Nada justifica, portanto, a aceitação das gravações referidas em prejuízo de terceiro, que, sem qualquer envolvimento nos fatos investigados, expressou conceitos considerados ofensivos ao autor da notícia criminis ou que tão somente reverberou contra os procedimentos adotados pela empresa que, ao seu sentir revelavam prática de injustiça contra idôneo servidor. A ilicitude da prova conseguida contra a reclamante, sem atenção à regulamentação legal do art. 5º, XII da Constituição, culmina na contaminação de todos os atos processuais nela estribados. Agravo de instrumento provido. Recurso de revista conhecido e provido. TST, 2ª T, RR - 5300/2001-036-12-00, Rel. Min. Honório Senna Pires, DJ - 26/11/2004.

Entretanto, é possível a gravação de conversas telefônicas quando o trabalhador é avisado do procedimento. Normalmente isto ocorre porque o tipo de serviço oferecido pela empresa está relacionado à telefonia e a gravação resguarda direito do fornecedor do serviço contra as reclamações do consumidor. Percebe-se, mais uma vez, que a pedra de toque é a comunicação prévia, a transparência nas relações laborais.

6.3. Controle por meio de câmeras

O ambiente de trabalho deve proporcionar segurança e conforto mínimo ao empregado. Um ambiente amistoso favorece a maior produtividade.

Por outro lado, o avanço da tecnologia tem permitido o monitoramento interno do estabelecimento por meio de instalação de câmeras no ambiente de trabalho. Diversas câmeras ligadas a computadores, e algumas também à internet, que permitem o acesso à distância, têm sido instaladas nos ambientes de trabalho, seja para fiscalização dos próprios empregados e de suas produções, seja para manutenção da segurança, para controle da entrada e saída de pessoas ou clientes ou para observação do estoque e mercadorias.

As câmeras afixadas em locais visíveis, com aviso ou não de filmagem, e direcionadas ao grupo, à ferramenta ou ao ambiente de trabalho, não ferem a intimidade nem constroem o empregado, pois fazem parte do poder diretivo do patrão e da necessidade de controle da produção e da segurança da empresa.

O patrão excepcionalmente pode espiar o ambiente de trabalho sem prévio aviso ou exibição da câmera, isto é, de forma sorrateira, escondida. Tal medida extremada será possível quando tiver por objetivo a individualização do autor de furtos ou desvios de mercadorias ou numerário já constatados ou percebidos pelo empregador, isto é, para comprovar certas ações e comportamentos ímprobos ou desidiosos de determinados empregados.

De toda sorte, o monitoramento não pode constroer o empregado e as imagens não podem ser indevidamente utilizadas ou divulgadas.

Ambientes privados não podem ser monitorados, tais como vestiário, banheiros, as áreas de troca de uniformes e roupas etc.

Da mesma forma tem se posicionado a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL RECONHECIDO. RATIFICAÇÃO. Nos termos do eg. Regional, revelando-se incontroversa a instalação de equipamentos câmeras de filmagem nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, mais especificamente na porta de entrada dos vasos sanitários e mictórios, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral. Incólumes, por outro lado, os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, eis que o v. acórdão atacado, considerando o conjunto fático-probatório, decidiu em conformidade com os referidos dispositivos legais. Por fim, inservíveis arestos quando não traduzem o mesmo panorama fático-

probatório do caso sub examine (inteligência do Enunciado de no 296/TST). TST, 3ª T, AIRR - 1926/2003-044-03-40. Rel. Min. Ricardo Machado, DJ - 22/03/2005.

CAPÍTULO VII

CONCLUSÃO

A concepção liberal dos direitos trabalhistas, que partia da separação radical entre o Estado e a sociedade civil, entre o direito público e o direito privado, quando se percebia uma postura inerte do Estado diante dos problemas sociais, foi superada pela concepção do trabalhador como pessoa hipossuficiente, merecedor da proteção do Estado. A revalorização do trabalho subordinado toma contornos com a Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919, criação da OIT e com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948), hoje espelhada na nossa Constituição de 1988. Ao consagrar os direitos fundamentais da pessoa, os textos constitucionais assumem conscientemente um sistema de valores, cujo maior fundamento é a dignidade da pessoa humana. A fixação, em sede constitucional, dos direitos trabalhistas, de valores éticos e de princípios protetores e democráticos, todos com força normativa, limitou ainda mais a liberdade contratual e os poderes patronais. A constitucionalização do Direito do Trabalho tornou mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas em face da irradiação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ali preconizados. Daí a idéia de que os direitos trabalhistas são fundamentais e como tal se impõem aos empregadores e trabalhadores em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar. Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a lei expressamente autorizar.

Não foi por outro motivo que a CLT, promulgada em 1943, já previa a nulidade de todo e qualquer ato que objetivasse fraudar ou burlar direitos trabalhistas nela previstos – arts. 9º, 444 e 468 da CLT.

Desta forma, é forçoso concluir que todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, imperativos, cogentes, e só poderão ser disponibilizados quando a lei assim autorizar.

Hoje, o Direito do Trabalho vive uma fase de transição, em que se questiona o paternalismo Estatal, a intervenção estatal nas regras privadas. Alguns pretendem a total desregulamentação, isto é, a ausência total, a abstinência estatal nas relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre às regras do mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o *welfare* não mais existe, que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros, menos explorados.

Outros, apesar de reconhecerem alguma mudança no Direito do Trabalho, percebem que nosso país ainda não pode ser visto como aquele que efetivou o *welfare* (o bem estar social). O Brasil ainda tem trabalho escravo ou em condição análoga, ainda há exploração do trabalho do menor; labor em condições subumanas e legislação trabalhista muito desrespeitada. Por isso, não se pode defender o total afastamento do Estado desta relação privada, não se pode pretender a privatização dos direitos trabalhistas, o retrocesso de um grande avanço conquistado a duras penas.

Na era em que o direito comum (civil) caminha para a visão social, a publicização de seus institutos, a humanização e a centralização do homem como figura principal a se proteger; na era em que a Carta de um país prioriza os direitos fundamentais do homem, sua dignidade, o valor social do trabalho, da função social da justiça e do direito, abandonando a priorização do capital, da propriedade sobre a pessoa e seus valores, o Direito do Trabalho tende a um retrocesso?

O neoliberalismo é, na verdade, um caminho isolado na contramão da socialização dos direitos e da efetivação dos direitos fundamentais do homem.

A flexibilização de direitos trabalhistas como vem sendo utilizada pelos empresários, com o único objetivo de aumentar seus lucros, constitui abuso do direito e como tal, deve ser afastada e declarada nula, já que viola o princípio da função social, que tem seu exercício condicionado ao respeito aos direitos trabalhistas de seus empregados (aspecto interno).

Não se admite flexibilização sem finalidade social. Nula cláusula de acordo e convenção coletiva que não observa os fundamentos da flexibilização, que abusa deste direito e que fere a função social da empresa.

A preservação da saúde da empresa deve ser o único fundamento para autorizar a redução, a flexibilização ou eliminação de algum direito do trabalhador, porque sua manutenção é de interesse público.

Neste sentido os princípios constitucionais, vistos como norma de eficácia plena, destacando-se em particular o da proteção ao trabalhador (art. 7º, *caput*) e o da função social da empresa (art. 170), devem limitar a onda de flexibilização abusiva que vem contaminando os tribunais trabalhistas e a legislação.

Por outro lado, alguns princípios trabalhistas estão sendo relativizados para a necessária adaptação às novas realidades sociais e econômicas. As terceirizações também têm sido muito utilizadas como mecanismo de redução de custos e para maior concentração na atividade fim, mas devem ser ajustadas sem sonegar os direitos do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e Estado Contemporâneo. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2005.

_____. Contratos e regulamentações especiais do trabalho, São Paulo: LTr, 2008, 3a ed.

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997.

BERNARDES, Hugo Gueiros. Direito do Trabalho. Vol.I. São Paulo: LTr, 1989.

CARMO, Júlio Bernardo do. Da eficácia liberatória da quitação advinda de homologação de rescisão contratual. São Paulo: Revista LTr, Março de 1994.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva. 29ª ed., 2004.

_____. Comentários à CLT. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Cooperativas de Trabalho – Autenticidade e Falsidade. São Paulo: Revista LTr. nº 2, 1999.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e sequelas. São Paulo: LTr, 1997.

CHARBONEAU, Paul-Eugène. Entre o capitalismo e o socialismo: a empresa humana. São Paulo: Livraria Pioneira, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996. p. 43-44.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade e dos bens de produção. Dicionário Empresarial – estudos e pareceres, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Coordenador. Direito do Trabalho contemporâneo. Flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003.

D'ÁVILLA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, 5ª ed, revista e ampliada. Malheiros, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed, São Paulo: LTr, 2005.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. São Paulo: Revista LTr 70-06.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. Comissões de Conciliação Prévia. Justiça do Trabalho, ano 18, n ° 210. Porto Alegre: HS Editora Ltda., Junho, 2001.

GIGLIO, Wagner. Direito Processual do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Fábio Rodrigues. Eficácia Horizontal dos Princípios Constitucionais. Palestra proferida no Metta Cursos Jurídicos em de 15/02/07.

GONÇALVES, Reinaldo. Globalização e Desnacionalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaio de Teoria Constitucional. Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1989, *apud* Daniel Sarmento. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da

Constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Farbis, 1997.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

_____. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 3.0 em DVD, 2009, acessado em 4/12/09.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

LACERDA, Dorval. A renúncia no direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: Max Limond, 1944.

MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. 11ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: FGV, 1983.

MARTINS, Sergio Pinto. Comissões de Conciliação Prévia e Procedimento Sumaríssimo. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

_____. A terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 6ª Ed, 2003.

_____. Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Flexibilização das Condições de Trabalho. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Aspectos Jurídico-Políticos da Globalização. Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 2, n. 2, dez. 1996.

MELLO, Celso Bandeira de. Curso de direito administrativo. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, Ltda, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

NORRIS, Roberto e DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Inovações no Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª ed.

PEREZ, Viviane. A função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. Trabalho final de disciplina de direito civil. Mestranda da Uerj, 2005.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4a. ed. São Paulo: LTr, 2000.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil: tramitação do projeto. Revista dos Tribunais, n. 752, jun. 1998.

_____. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RÊGO, Werson Franco Pereira e RÊGO, Oswaldo Luiz Franco. O Código de defesa do consumidor e o direito econômico. Rio de Janeiro: Revista da Emerj, n. 19, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. A subordinação no contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Inovações no processo do trabalho. Revista Forense, vol. 353. Rio de Janeiro: Forense, jan/fev. 2001.

_____. O princípio da proteção em xeque. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Prefácio contido no livro de SOUZA, Zoraide Amaral. Arbitragem – Conciliação – Mediação nos conflitos coletivos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Direitos Fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. CLT Comentada, 37ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. Das comissões de conciliação prévia, Suplemento LTr, 043/00.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARMENTO, Daniel. Ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000.

SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

_____, Luiz de Pinto Pedreira. “O teletrabalho”. Revista LTr. v. 64, n. 5. São Paulo: LTr, maio 2000.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 23ª ed. Atualizadores: Nagib Salibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: RT, 1993.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf . Acesso em: 17 set. 2008.

SOUZA, Marcelo Paoaléo de. A nova lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

SÜSSEKIND , Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 18ª ed., Vol. 1, 1999.

_____. Instituições de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: LTr., v. 2, 2000.

_____. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 21ª ed., Vol. 1, 2003.

_____. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 22ª ed., Vol. 1, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Rio Grande do Sul. Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bondin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição. Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996, Vol II.

VALENTIM, João Hilário. “Teletrabalho e relações de trabalho”. In Revista Gênese de Direito do Trabalho. Curitiba, Gênese, 1999.

VALERIANO, Sebastião Saulo. Comissões de Conciliação Prévia Trabalhistas: Lei 9.958/2000: aspectos controvertidos e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed., Vol 2, São Paulo: Atlas, 2005.

VEJA, Revista. Fábricas em outros países. 07/07/2009.

O GLOBO, Jornal, caderno de economia. A primeirização. 12.12.2006.

O GLOBO, Jornal. Caderno economia, Economia americana encolheu 2,4%.
30/12/2010.

http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/12/10/gabrielli_nega_demissao_de_terceirizados_na_petrobras-586944395.asp. Acesso em 11/12/2009.

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18466/Do_Direito_%C3%A0_Desconex%C3%A3o-do_Trabalho.pdf?sequence=2, Acesso em 04/12/09.

<http://www.sitemedico.com.br/sm/materias/index.php?mat=672>, acesso em 02/12/09.

http://www.braznet.org/info/super_dica.htm, acesso em 02/12/09.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u657130.shtml>. Acesso em 06/12/09.

http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quadro_divulgacao2009.pdf. Acesso em 11/09/09.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u643728.shtml> Acesso em 06/12/09.

<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL384721-5605,00-PRESIDENTE+DE+SINDICATO+ACUSADO+DE+COBRAR+PROPINA+E+LIBERADO.html>. Acesso em 06/12/09.

<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1295841-5598,00-FISCALIZACAO+FLAGRA+TRABALHO+ESCRAVO+EM+OBRA+DO+PAC+DIZ+JORNAL.html>. Acesso em 06/12/09.

<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1256819-5602,00-PEDIDOS+SEMANAIS+DE+SEGURODESEMPREGO+CAEM+EM+MIL+NOS+EU+A.html> Acesso em 29/11/09.

<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1256819-5602,00-PEDIDOS+SEMANAIS+DE+SEGURODESEMPREGO+CAEM+EM+MIL+NOS+EU A.html>. Acesso em 29/11/09.

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/04/29/materia.2009-04-29.9234533717/view> . Acesso em 29/11/09.

<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1241027-10406,00-PEDIDO+DE+SEGURODESEMPREGO+BATE+RECORDE+NO+GOVERNO+LUL A.html>. Acesso em 29/11/09.

http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL1103422-9356,00-DEMISSOES+GERARAM+FLUXO+NEGATIVO+DE+R+MI+NO+FGTS+EM+MA RCO.html . Acesso em 29/11/09.

<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/12/16/trabalho-infantil-caiu-quase-pela-metade-no-brasil-em-15-anos-diz-oit-915236967.asp> , acesso em 15/02/2010.

<http://www2.uol.com.br/aprendiz/guiadeempregos/terceiro/noticias/ge300804.htm#1>, acesso em 26/02/2010.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u364915.shtml>, acesso em 26/02/2010.

TESE APRESENTADA AO DOUTORADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE
GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA COMISSÃO
EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

PROF. DR. ARION SAYÃO ROMITA
UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF
(ORIENTADOR)

PROF. DR. ALBERTO NOGUEIRA
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

PROF^a. DR^a. CARMEN TIBÚRCIO
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

PROF. DR. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ

PROF. DR. ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2010

Prof^a. Dr^a. Maria Stella Faria de Amorim
Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito