

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

MARIA APARECIDA ALKIMIN

MARIA AUREA BARONI CECATO

RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Aparecida Alkimin, Maria Aurea Baroni Cecato, Ricardo José Macedo De Britto Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-160-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente do Trabalho. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Dentre os diversos GRUPOS DE TRABALHO, parte da programação do XXV ENCONTRO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), realizado em Brasília, de 6 a 9 de julho de 2016, o denominado DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III foi composto de apresentações e discussões acerca de 20 artigos.

Esses artigos foram distribuídos em três eixos temáticos, a saber: 1. Meio Ambiente e Saúde do Trabalhador. 2. Globalização e novas formas de Proteção e de Prestação de Trabalho. 3. Inclusão pelo Trabalho e Efetividade dos Direitos. Elaborada pelos coordenadores que subscrevem esta apresentação, tal classificação teve o propósito de canalizar as discussões reportadas nos aludidos artigos, facultando o aprofundamento do debate e o melhor uso do tempo disponível.

Os artigos insertos no temário designado Meio ambiente e saúde do trabalhador foram assim escolhidos porque se voltam para todo o entorno em que ocorre a prestação do trabalho. Nesse âmbito, fala-se da realização do trabalho em toda e qualquer modalidade de vínculo com o tomador de serviços. Com efeito, conquanto, ao menos em tese, se justifique maior preocupação quando se fala do trabalho classificado como objeto de uma relação de emprego – posto que nela se verifica a subordinação do trabalhador às ordens (interesses e vontades) do dono dos meios de produção – a amplitude, a relevância e a gravidade das questões que concernem ao meio ambiente laboral não permitem restrições.

Parece mais claro, atualmente, que o meio ambiente do trabalho não pode mais ser entendido como aquele cuja higidez se traduz por medidas voltadas para o fato consumado. Exemplificativamente, pode-se referir que no âmbito do Poder Judiciário – onde se faz boa parte do controle da aplicação da norma laboral – o resultado das ações acidentárias é o ressarcimento de danos e o pagamento de indenizações, vez que o bem jurídico (saúde, vida ou integridade do trabalhador) já sofreu lesão.

As medidas preventivas, ao contrário, são mais consentâneas com o propósito de garantir os direitos fundamentais do trabalhador no que se refere à sua saúde e segurança. Nesse caso, as

ações destinam-se a combater a realidade denotada nas estatísticas alarmantes que dão conta de setecentos mil acidentes de trabalho anuais, resultando, em parte considerável, em incapacidade laboral e óbito.

Todavia, na temática em tela, há um aspecto nem sempre considerado ou não considerado com igual relevo: as condições emocionais e psicológicas nas quais se insere o trabalhador. Com efeito, o nada infrequente abuso do poder de conduzir o empreendimento e de dirigir e disciplinar a prestação de serviços, externado por ameaças, assédios, exigências de cumprimento de metas (muitas vezes inalcançáveis), dentre outras ações ou mesmo omissões do empregador, resultam em desestabilização e desequilíbrio do ambiente de trabalho e, por conseguinte, na mesma desestabilização e igual desequilíbrio do trabalhador. A higidez do meio ambiente laboral deve ser entendida e abordada, sem nenhuma dúvida, em seus aspectos físico, psicológico, mental e emocional, aspectos esses que, de resto, não se dissociam.

Abaixo estão arrolados os artigos que fazem parte da temática:

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO HÍGIDO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E A TORMENTOSA QUESTÃO DOS ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL

O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL: O EQUILÍBRIO E A PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DOS TRABALHADORES NO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL DO TRABALHO

METAS EMPRESARIAIS, DANO EXISTENCIAL E AS VIOLAÇÕES A SAÚDE DOS TRABALHADORES.

EMBARGO E INTERDIÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO DOS RISCOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O MEIO AMBIENTE LABORAL DO PROFESSOR: OS PRINCIPAIS RISCOS DA PROFISSÃO NA ATUALIDADE E AS MEDIDAS LEGAIS PROTETIVAS

No eixo temático número 2, Globalização e novas formas de proteção e de prestação de trabalho, foram apresentados os artigos abaixo relacionados, que permitiram ampla discussão

e debate acerca da realidade hodierna do mundo do trabalho e da mudança paradigmática do Direito do Trabalho, que ao longo da sua história vem passando pelo processo de reconstrução e readaptação em razão da Revolução Pós-Industrial (Revolução Tecnológica) que exsurgiu concomitantemente com o fenômeno da globalização, a qual impôs a reestruturação produtiva e uma moderna organização produtiva e do trabalho.

O Direito do Trabalho nascido da ideologia protecionista com raízes na Revolução Industrial, sofre em primeira ordem os impactos da crise econômica, que tem como efeito o alastramento do desemprego estrutural e em escala mundial, provocando o aumento do trabalho informal e sem proteção trabalhista e previdenciária, tornando ineficaz o direito fundamental de acesso ao emprego e à profissionalização e, por outro lado, conforme se discutiu, a globalização com abertura das fronteiras e internacionalização econômica e do trabalho trouxe competitividade com a redução do custo trabalhista, que aliada à crise do emprego formal inseriu no mundo do trabalho, como caminho alternativo para manutenção do posto de trabalho, a flexibilização.

Nesse cenário, a flexibilização, dentro do pensamento neoliberal, é um fenômeno que surgiu da questão social gerada pela crise econômica mundial e com reflexos na empregabilidade, visando relativizar a intervenção estatal no capital x trabalho, fragmentando o protecionismo para permitir uma adaptação do Direito do Trabalho à ordem econômica e produtiva no mundo contemporâneo, com o surgimento de novas formas e condições de trabalho, contudo, com a garantia dos direitos mínimos para manutenção do valor social do trabalho e preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Artigos:

O DISTANCIAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO COM O PROFISSIONALISMO E O PROBLEMA DO DESEMPREGO.

INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E A FLEXIBILIZAÇÃO EM FACE DAS CRISES ECONÔMICAS: TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E REFLEXOS NA ÓTICA LABORAL.

REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL: IMPACTOS SOBRE O TRABALHO.

RELAÇÃO ENTRE EMPREGABILIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

RELAÇÕES DE TRABALHO NO SETOR CANAVIEIRO NO ESTADO DE GOIÁS:
REFLEXÕES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA JUSTRABALHISTA CRÍTICA E DA
POLÍTICA DE REFORMA AGRÁRIA.

UM CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE TRABALHO ESCRAVO PARA FINS DE
EXPROPRIAÇÃO.

A FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO PROJETO LIBERAL PARA O DIREITO DO
TRABALHO

O terceiro grupo temático de artigos apresentados foi nominado de Inclusão pelo trabalho e efetividade dos direitos trabalhistas.

A inclusão social pelo trabalho reclama atenção especial sobre a questão do conceito de trabalho em condições análogas a de escravo, bem como sobre a reforma agrária como medida para resolver os problemas de trabalho no campo. Além disso, as diferenças em razão de gênero no trabalho ainda são bem acentuadas, apesar dos avanços legislativos, sendo necessária uma mudança de cultura. As pessoas trans enfrentam ainda mais obstáculos para inserção no mercado de trabalho, sendo escassa a proteção nesse sentido. Por fim, exige-se um novo marco para a disciplina do trabalho autônomo, mas que na realidade envolve a prestação de um trabalho subordinado.

A formação profissional deve constituir objeto de preocupação pelo Direito do Trabalho, especialmente em períodos de desemprego, em que pessoas com formação acadêmica variada não logram colocações no mercado em correspondência com a sua formação. Da mesma forma, reclama-se maior proteção autoral do trabalho intelectual, como é o caso do advogado.

A efetividade dos direitos trabalhistas enfrenta momento de intenso desafio, considerando a aprovação do novo Código de Processo Civil, que reabre debates e novos espaços de disputas, podendo contribuir para a concretização desses direitos, mas, por outro lado, debilitar a sua força normativa. Nesse contexto, é fundamental participar desses debates e influenciar as construções de sentido para fortalecer a efetividade dos direitos trabalhistas. A legislação trabalhista, por sua vez, encontra-se defasada em vários pontos, considerando previsões constitucionais e legislações recentes aplicáveis a algumas categorias de trabalhadores.

Artigos neste Grupo de Trabalho:

PRECISAMOS FALAR SOBRE O NCPC E O PROCESSO DO TRABALHO.

PRECÁRIO, INSALUBRE E INVISÍVEL: O TRABALHO FEMININO NO BRASIL DO SÉCULO XXI

O TRATAMENTO JURÍDICO DO ADVOGADO ENQUANTO TRABALHADOR INTELECTUAL SOB VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO AUTORAL SOBRE SUAS OBRAS

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NÃO APLICADOS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO E A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.

A EXCLUSÃO DAS PESSOAS TRANS DO MERCADO DE TRABALHO E A NÃO EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA AOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS QUE POSSUEM SUA LIBERDADE RESTRINGIDA

A IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE OS GÊNEROS E OS LIMITES IMPOSTOS PELO MERCADO DE TRABALHO À ASCENSÃO PROFISSIONAL DAS MULHERES

Brasília, julho de 2016.

Maria Aurea Baroni Cecato

Maria Aparecida Alkimin

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NÃO APLICADOS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO E A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES NOT APPLIED TO LABOR RELATIONS AND LEGISLATION UPDATE NEED LABOR.

José Washington Nascimento de Souza
Monica Menezes Da Silva

Resumo

A Consolidação das Leis do Trabalho é o principal instrumento jurídico brasileiro a tratar exclusivamente de matéria trabalhista. Durante seus mais de 72 anos de existência, a CLT sofreu inúmeras alterações, revogações e inclusões de artigos. Ocorre que, apesar da mudança substancial na cultura brasileira, a septuagenária CLT não logrou avançar, diminuindo as distâncias históricas. A Constituição Federal traz em seu bojo matéria de ordem trabalhista, que ainda carecem de regulamentação. O Brasil precisa urgentemente de uma reforma nas leis trabalhistas, visando a modernização das normas e a efetivação de direitos ainda pendentes de regulamentação.

Palavras-chave: Direitos, Efetivação, Modernização, Regulamentação

Abstract/Resumen/Résumé

The consolidation of labor laws is the main Brazilian legal instrument dealing exclusively with labor matters. During his more than 72 years of existence, the CLT has undergone numerous changes, additions and repeals articles. It turns out that, despite the substantial change in Brazilian culture, the septuagenarian CLT failed to advance, reducing the historical distances. The Constitution brings with it the labor matter, that still require regulation. Brazil needs to urgently reform the labor laws, aimed at modernizing the rules and the enforcement of pending regulatory rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rights, Effectiveness, Modernization, Regulation

I. INTRODUÇÃO

Este artigo busca fazer uma análise acerca da legislação trabalhista brasileira, em especial no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, comparando com alguns institutos presentes na Constituição Federal, ainda não regulamentados.

A Carta Magna possui alguns artigos os quais ainda carecem de legislação complementar, não se inserindo, portanto, entre os direitos dos trabalhadores brasileiros.

A CLT, por sua vez, necessita urgentemente de atualização, dê que, muitos dos seus artigos se encontram defasados perante normas constitucionais, e diante dos avanços da jurisprudência pátria.

Constam na Consolidação das Leis do Trabalho, diversos artigos sem eficácia, uma vez que a Constituição Federal já avançou em termos de direito para o trabalhador, a exemplo do adicional de horas extras fixados em no mínimo 50%, quando a legislação celetária ainda se refere a 20% ou 25%, a depender do caso concreto.

A jurisprudência, por sua vez, muitas vezes cria verdadeira norma, por omissão na legislação pátria de determinados dispositivos de proteção ao trabalhador. Cita-se, por exemplo, a Súmula 372 do TST, que trata da incorporação aos salários de gratificações de função.

São dezenas de artigos da CLT que sequer podem ser aplicados, porque, se assim o fosse, em vez de benefícios, trariam prejuízos aos obreiros.

Em função desse atraso histórico, os sindicatos avançam através das negociações coletivas, conseguindo melhorias para os seus associados, incluindo ano a ano novos benefícios nos acordos e nas convenções coletivas de trabalho.

É certo, que a atividade sindical tem um papel preponderante na proteção dos trabalhadores, parte hipossuficiente na relação capital/trabalho, mas não se pode deixar de expressar que a legislação trabalhista encontra-se atualmente como se chama no jargão popular, uma “colcha de retalhos”.

Este artigo, portanto, visa analisar lacunas nas normas trabalhistas, por defasagem temporal, bem como, pela falta de regulamentação de preceitos constitucionais, que, se implementados, contribuirão sobremaneira para a qualidade de vida do trabalhador brasileiro.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL X A EFICÁCIA DE ALGUNS PRINCÍPIOS

2.1 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil trata já no seu artigo 1º, do princípio da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental, estabelecendo que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

No texto supra, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho caminham lado a lado. Entretanto, o caminhar juntos, não significa que os direitos sociais e trabalhistas sejam respeitados por parte dos empregadores, o que diferencia sobremaneira a principiologia, da prática.

Merece atenção, o conceito de dignidade da pessoa humana, da lavra de Rubia Carla Goedert e Rosalice Fidalgo Pinheiro (2012, p.473):

O princípio da dignidade da pessoa humana é a linha mestra do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, ou com um perfil de ordem objetiva de valores, destituindo-se da feição de normas programáticas, para influenciar na aplicação, interpretação e até mesmo criação das normas jurídicas, e, não obstante a eficácia dos direitos fundamentais tenha nas relações privadas diversos âmbitos de aplicação, como no caso de direito de família, por exemplo, é nos contratos que surgem as maiores controvérsias, pois neste caso, os contratantes detêm os mesmos direitos fundamentais a serem respeitados.

Apesar de Goedert e Fidalgo afirmarem que os direitos fundamentais são normas imediatamente aplicáveis, no que diz respeito às normas de direito do trabalho, tal aplicação nem sempre é observada, como veremos mais adiante.

Gilda Maciel Corrêa Russomano (2008, p.11), aborda a dignidade da pessoa humana tanto como um direito fundamental, como um dos direitos humanos, indispensáveis ao desenvolvimento do trabalhador:

Em uma sociedade na qual, cada vez mais o homem vive do seu trabalho e na qual o acesso ao trabalho bem como o direito de exercê-lo constituem condições indispensáveis à dignidade e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, não há como excluir do conceito de direitos humanos os direitos fundamentais do trabalhador, tanto no plano individual quanto no plano coletivo das prerrogativas sindicais.

Ocorre que além da falta de trabalho, em especial numa conjuntura econômica que não propicia a abertura de novos postos de trabalho, aqueles que se encontram com sua mão-de-obra ocupada, muitas vezes não vêm os direitos trabalhistas respeitados, quer por parte de descumprimento de normas postas, quer pela falta de regulamentação de diversos institutos presentes na Constituição Federal.

2.2 – VALORES SOCIAIS DO TRABALHO X SALÁRIO MÍNIMO

Os valores sociais do trabalho, insertos nos artigos 1º, IV e 170, caput, ambos da Constituição Federal, também passam ao longo de uma legislação protetiva. A começar, pelo salário mínimo, o qual, utopicamente a Carta Magna estabelece no art. 7º:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.

O legislador constituinte teve a boa intenção de descrever que o salário mínimo é um instrumento de valorização do trabalho, considerando que daria para custear todas as despesas de uma família, desde moradia, passando pela alimentação, transporte e lazer, entre outras despesas essenciais. Entretanto, faltou ao legislador, criar mecanismos para que efetivamente, o salário mínimo pudesse se transformar em um instrumento de valorização do trabalho. É uma norma posta, sem a mínima eficácia, senão vejamos:

O salário mínimo de 2015 foi estipulado em R\$ 788,00. Segundo o Dieese – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, em dezembro de 2015 (dados encontrados em www.dieese.org.br/analisebasica/2015/201512cestabasica.pdf), o salário mínimo necessário para suprir as despesas de um trabalhador e uma família de quatro pessoas deveria equivaler a R\$ 3.518,51 ou 4,47 vezes o mínimo em vigor àquela época. Em dezembro de 2014, com um salário mínimo de R\$ 724,00, seriam necessários R\$ 2.975,55, ou 4,04 vezes o salário mínimo para custear as mesmas despesas.

Não há, portanto, uma política de valorização do trabalho, especialmente no que diz respeito ao salário mínimo, levando-se em conta que, por efeito cascata, todos os salários do país seriam de alguma forma, reajustados.

2.3 – DISPENSA ARBITRÁRIA X A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO

A Carta Magna estabelece no artigo 7º, I, como uma garantia fundamental, “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”.

Ocorre que esse é mais um dispositivo sem eficácia. A uma, porque a proteção a que se refere o texto, não impede a demissão arbitrária. Por outro lado, inexistente lei complementar tratando dessa matéria, estipulando valor de indenização.

A efetiva proteção, far-se-á, se a propalada lei complementar, em vez de estipular indenização compensatória, ampliar os casos de estabilidade, reduzindo o nível de desemprego no Brasil, ou, até mesmo, só permitindo a extinção do contrato de trabalho a pedido do trabalhador, ou em caso de ocorrência das justas causa previstas no artigo 482 da CLT.

2.4 – DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES PREGADA NO ART 5º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Um dos princípios insertos no texto constitucional é o da igualdade. Notadamente no Brasil, não existe a igualdade pregada no art. 5º, I, da Constituição Federal, que assim estabelece:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A Consolidação das Leis do Trabalho também prega a igualdade, no que se refere a salários, no artigo 5º, caput.

Em se tratando do Brasil, essa igualdade é só formal, não é material, não é efetiva. Tanto no que se refere à ocupação no mercado de trabalho, quanto no que diz respeito à renda média, as mulheres perdem, se comparadas como os homens.

Em se tratando de mercado de trabalho, a PNAD – Pesquisa Nacional de Domicílio, realizada em 2009 (fonte IBGE PNAD, encontrado em www.dieese.org.br/server/serie.do) apontava em São Paulo, maior centro do país, que os homens com mais de 10 anos de idade, percebendo mais de 20 salários mínimos possuíam cerca de 503 mil ocupações, contra aproximadamente 121 mil das mulheres.

A PNAD de 2013 (encontrada em g1.globo.com/economia/noticia/2014/09/mulheres-ganham-737-do-salario-dos-homens-afirma-pnad.html), mostra, que, ao contrário do que prega a Constituição Federal, existe grande desigualdade entre homens e mulheres, no que diz respeito a renda.

A renda média real de todos os trabalhadores em 2013 foi estimada em R\$ 1.681,00 por mês, sendo que a renda média dos trabalhadores brasileiros do sexo masculino foi de R\$ 1.890,00 por mês e a das mulheres, R\$ 1.392,00. As mulheres em 2013, segundo tal pesquisa, percebem apenas 73,65% da renda dos homens.

É preciso criar mecanismo jurídico que possam de alguma forma, transformar essa igualdade entre homens e mulheres pregada na Constituição Federal, em uma realidade no que

diz respeito ao mercado de trabalho, tanto no aspecto oportunidades, quando no que se refere à renda das mulheres brasileiras.

2.5 – INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS E DA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

A Constituição Federal, reza em seu artigo 5º, XII, que:

[...]

é inviolável o sigilo da 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.

Pelo que mostra o texto supra, somente na hipótese de instrução criminal e por ordem judicial, se poderia violar o sigilo das comunicações, e, mesmo assim, em se tratando de comunicações telefônicas.

Atualmente, um dos principais meios de comunicação é através de e-mail particular, ou corporativo, instrumento sobre o qual, também está presente o caráter da inviolabilidade.

Algumas organizações, apesar de disponibilizarem para todos os seus colaboradores um correio eletrônico, colocam limites no que diz respeito à sua utilização, limites esses que se estendem inclusive a acessos no computador pessoal.

Entretanto, tais organizações, contrariando o disposto no art. 5º, XII da Carta Maior, violam o correio eletrônico disponibilizado para seus empregados, gerando um conflito entre a inviolabilidade pregada na Constituição Federal, e o poder fiscalizatório do empregador.

Maurício Godinho Delgado (2002, p.613), conceitua poder fiscalizatório como:

[...]

O conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam a manifestação do poder de controle.

É de se observar, que Godinho Delgado (2002, p. 614) relaciona, de forma exemplificativa, possíveis meio de controle por parte do empregador, tendo em vista o seu poder fiscalizatório. A respeito do limite, Delgado afirma que:

[...]

é inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agredam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçados pela Constituição vigente.

Alice Monteiro de Barros (2008, p.600), assevera que:

Se o empregado se utiliza, no horário de serviço, do e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar suas mensagens particulares, o empregador poderá controlar os sites visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho.

Data vênia, é de se discordar dos argumentos de Monteiro de Barros, no sentido de que, o fato de o computador se constituir um instrumento de trabalho, justifica o controle por parte do empregador. Existem outros instrumentos de trabalho, a exemplo do telefone celular também corporativo, notebooks, e tablets, por exemplo, os quais, apesar de serem também instrumentos de trabalho, ficam à disposição dos colaboradores 24 horas por dia, não podendo haver restrição quanto ao seu uso.

A fiscalização pode até ser justificada, se o manuseio para fins particulares, ocorrer no ambiente e no horário de trabalho, mas, não apenas porque o equipamento pertence ao empregador.

Não obstante o conflito que existe entre o poder menor – o de fiscalização do empregador e o poder maior, a inviolabilidade das comunicações, do qual goza o trabalhador, a jurisprudência tem entendido, que é possível aplicar a pena de demissão por justa causa, na ocorrência de mau uso do correio eletrônico corporativo. É o que se extrai da decisão a seguir transcrita:

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. PROVA ILÍCITA. Nenhum dos dispositivos declinados como violados, incluindo-se o art. 5º, XII, da CF, disciplina a matéria inerente à ilicitude da prova para que se possa reputar violado. Além disso, a ilicitude da obtenção da prova pressupõe inobservância de norma disciplinadora, o que não sucedeu. Sob o prisma de violabilidade do sigilo dos e-mails, tampouco há falar em violação do art. 5º, XII, da CF, por se tratar de e-mail corporativo e não privado, meio de comunicação disponibilizado pelo empregador apenas para uso profissional conforme normas internas de conhecimento do empregado e com "**expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização (item 6.1 [...]).**

Processo: AIRR - 1461-48.2010.5.10.0003 **Data de Julgamento:** 25/02/2015, **Relator Ministro:** Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 27/02/2015.

No presente caso, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho mitiga o caráter de inviolabilidade presente no artigo 5º, XII da Constituição Federal, quando viola o e-mail, corporativo, para aplicar ao trabalhador, a pena de demissão por justa causa.

2.6 – DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAR O ADICIONAL DE PENOSIDADE

Ainda na seara dos direitos trabalhistas não regulamentados, cita-se o adicional previsto no artigo 7º, XXIII da Constituição Federal, para as atividades penosas. Estabelece o citado dispositivo, entre os direitos sociais, adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

No que se refere aos adicionais de insalubridade e periculosidade, os artigos 189 em diante, da CLT, regulamentam tais matérias, disciplinando, ou orientando quais são as atividades que podem ser enquadradas como insalubres ou perigosas. Entretanto, no que tange ao adicional sobre atividades penosas, carece de lei complementar, ficando tal benefício ao arrepio da interpretação dos magistrados quanto ao direito ou não da sua percepção.

A respeito da matéria e da falta de regulamentação, assim se manifestou o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

ADICIONAL DE PENOSIDADE

PROCESSO TRT 2ª REGIÃO 0002342-71.2013.5.02.0058

DATA DA PUBLICAÇÃO 04.12.2015

RELATORA DESEMBARGADORA THAIS VERRASTRO

EMENTA

Adicional de penosidade. Como corretamente observado pela origem, a norma programática na qual o adicional de penosidade é previsto (art. 7º, inciso XXIII da Constituição Federal) depende de regulamentação por lei específica, ainda não existente em nosso ordenamento, pelo qual é impossível o acolhimento da pretensão do Reclamante.

Esta é mais uma das normas trabalhistas que se apresentam ainda sem eficácia, apesar de se comprovar em muitos casos concretos, que o trabalhador exerce seu labor em atividade altamente penosa. Em alguns casos concretos, o TST entende que há possibilidade de condenar o empregador ao pagamento de adicional por atividade penosa, em outros, informa que tal benefício não se aplica, por falta de lei que o regule.

HORAS EXTRAS. FORMA DE CÁLCULO. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. COLHEDOR DE LARANJA.

O trabalhador rural que labora por produção e trabalha em sobrejornada tem direito, por tal circunstância, apenas ao adicional de horas extras, uma vez que já recebe o salário-produção pela hora de labor, excluindo-se de tal regra apenas o trabalhador no corte de cana de açúcar, pela extrema penosidade do seu trabalho. Assim, o trabalho na colheita de laranja, enseja apenas o pagamento do adicional de horas extras. Precedentes.

Recurso de revista conhecido e provido, no particular.

Processo: RR - 778-90.2013.5.15.0027 Data de Julgamento: 09/12/2015, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. 1. PRELIMINAR DE

NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL[...] 3. **ADICIONAL DE PENOSIDADE. O art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, no que tange ao adicional de penosidade, ostenta eficácia limitada, não oferecendo garantia ao seu recebimento enquanto não editada a legislação infraconstitucional.**

[...]

Processo: AIRR - 1216-22.2013.5.04.0028 Data de Julgamento: 23/09/2015, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/09/2015.

A falta de regulamentação de determinadas matérias de ordem trabalhista, conflita com a ideia de valorização do trabalho tratada nos artigos 1º, IV e 170, caput, da Constituição Federal.

3. A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE URGENTE DE UMA REFORMA TRABALHISTA

3.1 – TRABALHO DOMÉSTICO: A RECENTE VALORIZAÇÃO CRIANDO DESIGUALDADE COM OUTRAS CATEGORIAS

Em 16 de junho de 2011, foi aprovada em Genebra na Suíça, na 100ª Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção que estabelece os direitos para o trabalhador doméstico, equiparando-o às demais categorias.

Em 02 de abril de 2013, foi promulgada a Emenda Constitucional de nº 72, a qual buscava igualar os direitos trabalhistas dos empregados domésticos aos das demais categorias profissionais.

Até a edição da Lei Complementar 150/2014, não se empregava a CLT nas relações de trabalho doméstico, sendo regulado até então, pela Lei 5.859/1972. Com a promulgação da Lei Complementar 150/2014, os direitos previstos na Emenda Constitucional nº 72/2013 foram devidamente regulados, e incluído nessa modalidade de trabalho, outros normativos, inclusive a Consolidação das Leis do Trabalho, conforme disposição do art. 19, que assim estabelece:

Observadas as peculiaridades do trabalho doméstico, a ele também se aplicam as Leis nº 605, de 5 de janeiro de 1949, nº 4.090, de 13 de julho de 1962, nº 4.749, de 12 de agosto de 1965, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, e, subsidiariamente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

O artigo 1º da Lei Complementar 150/2014, conceitua trabalhador doméstico como *“aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei”*.

Sérgio Pinto Martins (2012, p.148), afirma que:

É imprescindível, porém, que o doméstico preste serviços a pessoa ou a família para o âmbito residencial destas, como entende Amauri Mascaro Nascimento (1992, p.112). O serviço prestado não é apenas no interior da residência, mas pode ser feito externamente, como ocorre com o motorista, desde que, evidentemente, o seja para pessoa ou família. Daí, se pode dizer ser incorreto, quando o art. 1º da Lei 5.859/72 determina que o serviço deve ser prestado no âmbito residencial, pois o motorista não presta serviços no âmbito residencial, mas externamente para o âmbito residencial. Assim, deve-se empregar a expressão “para o âmbito residencial” para se verificar, também, a situação dos domésticos que prestam serviços externamente, como o motorista.

A crítica de Martins quanto à redação do art. 1º da Lei 5.859/72 serve também para a o texto do artigo 1º da Lei Complementar 150/2014, pois manteve a mesma redação anterior, referindo-se ao trabalho no âmbito residencial, e não, “para o âmbito residencial”.

É de dizer que em relação aos domésticos, criou-se uma desigualdade para com os demais trabalhadores, pois lhe são garantidos alguns direitos os quais não se aplicam aos demais trabalhadores, a exemplo de:

- a) Pagamento das primeiras 40 horas extras no mês, só podendo ser compensadas em caráter excepcional;
- b) Vedação de desconto dos salários pelo fornecimento de alimentação e higiene, bem como, de moradia, na hipótese de residir no local de trabalho; e
- c) Recolhimento antecipado da multa do FGTS, para o caso de dispensa sem justa causa ou por culpa do empregador.

Se antes se pregava que os domésticos deveriam ser equiparados aos demais trabalhadores, atualmente são esses que se encontram em desvantagem, conforme exposição supra. Urge então, que os direitos exclusivos dos trabalhadores domésticos, sejam estendidos às demais categorias.

3.2 – A MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ATUAL 523 DO NOVO CPC) E A NÃO APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES LABORAIS

O artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973, previa que:

Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

Com a inclusão do artigo 475-J no antigo CPC, iniciou-se a discussão acerca da aplicação ou não da multa no processo do trabalho. Inicialmente, algumas turmas do TST divergiam, quando ao emprego ou não da multa de 10% (dez por cento), acaso o devedor não efetuasse espontaneamente o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias.

Tal norma foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de realizar o ideal constitucional da razoável duração do processo e da efetividade da jurisdição previstos na Constituição Federal (art. 5º, LXXVI).

Atualmente, poucos são os magistrados que entendem que o artigo 475-J do antigo CPC servia de fonte subsidiária no processo do trabalho, restando praticamente pacificado no Tribunal Superior do Trabalho, a não aplicação, conforme se extrai da ementa transcrita, só a título de exemplo.

Ementa

MULTA DO ART.475-J DO CPC - INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ressalvado o posicionamento deste Relator, nos termos da jurisprudência dominante desta Corte, não é aplicável ao processo do trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, que se refere ao cumprimento da sentença civil, haja vista a incompatibilidade com as disposições dos arts. 769 e 889 da CLT. Precedentes da SBDI-1 do TST.

Recurso de revista conhecido e provido.

Processo: RR - 807-50.2012.5.08.0002 Data de Julgamento: 09/03/2016, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 manteve, a multa prevista no 475-J do CPC antigo, inovando no tocante à inclusão de honorários advocatícios na proporção de 10% (dez por cento). Estabelece o artigo 523 e o seu parágrafo 1º da Lei 13.105/2015:

Art. 523 No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

A exemplo do que ocorria com o artigo 475-J do anterior Código de Processo Civil, o Tribunal Superior do Trabalho deverá manter a sua posição, quanto à não aplicação do dispositivo contido no artigo 523 e parágrafo 1º no processo do trabalho, indo de encontro ao preceito constitucional de razoável duração do processo.

A multa serve como instrumento coercitivo, evitando protelações e retardamentos na efetivação da proteção jurisdicional.

Nesse caso, têm-se como alternativas, ou alterar a CLT, possibilitando a aplicação da multa, ou os membros do Tribunal Superior do Trabalho, utilizando-se de um entendimento mais protetivo, mudar o seu posicionamento, e, já com base no novo código, aceitar que é cabível a multa prevista no artigo 523 do atual Código de Processo Civil.

3.3 – DO CONFLITOS ENTRE O ADICIONAL DE HORAS EXTRAS PREVISTO NA CLT E O ARTIGO 7º, XVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Alguns adicionais previstos na CLT necessitam de adequação quanto aos percentuais, por conflitarem com outros dispositivos, inclusive com a Carta Magna.

O art. 59, parágrafo 1º da CLT, estabelece que as horas suplementares deverão ser pagas com um adicional de pelo menos 20% (vinte por cento). Por sua vez, o parágrafo 2º do artigo 61, reza que, ocorrendo necessidade imperiosa, o adicional será de 25% (vinte e cinco por cento).

Já o art. 235 do mesmo diploma legal, prevê para os operadores cinematográficos cujo funcionamento normal seja à noite, na hipótese de exibir sessão em horário diurno, prestando horas extras, que seja paga a hora adicional com um percentual de 25% (vinte e cinco por cento).

Por sua vez, o art. 296 também da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata do labor em minas e subsolos, fixa em 25% (vinte e cinco por cento) o percentual de adicional de horas extras.

No serviço ferroviário, as duas primeiras horas extras são remuneradas também com o percentual de 25% (vinte e cinco por cento). Também para os jornalistas profissionais, o adicional de horas extras será de 25% (vinte e cinco por cento), a teor do disposto no art. 305 da CLT.

Ocorre que todos esses dispositivos citados estão em desacordo com o que dispõe o inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, que prevê a remuneração do serviço extraordinário com no mínimo 50% (cinquenta por cento).

É certo que o empregador, inexistindo em negociação coletiva ou em outra norma, um percentual maior, deverá se valer do artigo 7º, XVI da Carta Maior, tendo em vista a ineficácia dos dispositivos da CLT, que preveem um percentual inferior.

Neste particular, deve a CLT ser alterada, adaptando-se ao texto constitucional.

3.4 – ATIVIDADES EXTERNAS E O CONTROLE DA JORNADA

O artigo 62 da CLT está inserto no capítulo II que trata de jornada de trabalho, mas exclui da sua abrangência, os empregados que exercem atividades externas incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Numa leitura literal, observar-se-á que tal dispositivo conflita com o disposto no artigo 7º, XIII, que estabelece duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e 44 horas semanais. Neste caso, a Constituição Federal já estabelece uma jornada máxima para todos os trabalhadores brasileiros.

Ao excluir os empregados que desenvolvem atividades externas, do capítulo que trata da jornada de trabalho, por suposta incompatibilidade com o controle de ponto, em tese, a CLT apresenta uma abertura, para que o trabalhador labore mais do que oito horas por dia e quarenta e quatro por semana, o que conflita com o dispositivo constitucional mencionado. Desprezando esse entendimento, o TST vem adotando uma posição no sentido de que a atividade externa pura e simplesmente, não é suficiente para retirar o direito do empregado ao recebimento de horas extras, conforme se extrai da decisão transcrita:

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. No presente caso, o Tribunal Regional, soberano na análise das provas, consignou expressamente que "da análise probatória constata-se que, embora a atividade do reclamante realmente seja externa, não é incompatível com o controle de horário, ao contrário do que determina a exceção do art. 62, I, da CLT"- vide r. sentença". Ainda, registrou que "o reclamante poderia até não ter sua jornada controlada, mas, certamente, tinha seu horário fiscalizado pelo empregador, pois, este poderia aferir o momento de início e término da prestação de serviços, conforme a própria testemunha ouvida pela empresa confirmou. Ademais, havia acompanhamento do gestor nas visitas realizadas pelo reclamante, conforme esclareceu a testemunha obreira". Assim, tendo sido a controvérsia resolvida pelo Tribunal Regional à luz das provas dos autos, não há como divisar violação do art. 333, I e II, do CPC, na medida em que as regras de distribuição do ônus da prova somente têm relevância num contexto de ausência de provas ou de provas insuficientes.

Feito esse registro, verifico que a Agravante ampara sua pretensão, quanto à exclusão do pagamento de horas extras, na indicação de divergência jurisprudencial. Todavia, o julgado colacionado é inservível para demonstrar o dissenso de teses, porquanto não preenche os requisitos insertos na Súmula 337, I, IV, "c". Agravo de instrumento desprovido.

Processo: AIRR - 1903-40.2012.5.15.0153 Data de Julgamento: 09/03/2016, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

Conforme demonstrado, o Tribunal Superior do Trabalho vem dando entendimento diverso ao que dispõe o artigo 62, II, da CLT, no que diz respeito à inclusão de trabalhadores em serviço externo, no capítulo que trata da jornada de trabalho.

3.5 – DO CONFLITO ENTRE O ARTIGOS 117 DA CLT, COM O 58-A DO MESMO DIPLOMA LEGAL

O artigo 117 da CLT trata da nulidade dos contratos que estipulam valores inferiores ao salário mínimo.

Conflita tal artigo com o que prevê o de número 58-A, pois este estabelece, em caso de contrato em tempo parcial, remuneração proporcional à jornada de trabalho, que será de no máximo 25 horas semanais.

Neste caso, o artigo 117 necessita se adequar ao estabelecido no artigo 58-A, abrindo exceção para pagamento de valor inferior ao salário mínimo, na ocorrência de contrato em tempo parcial.

Já o artigo 119 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer prescrição bienal para o pagamento de cada diferença mensal por conta de pagamento inferior ao salário mínimo, vai de encontro à Constituição Federal, que reza no artigo 7º, XXIX, como prazo prescricional para toda e qualquer verba, cinco anos, os quais se iniciam na data do ajuizamento da ação. É, portanto, o disposto no artigo 119 da CLT, uma norma sem eficácia, devendo adequar-se ao disposto no inciso XXIX do artigo 7º da Carta Magna.

3.6 – DO DIREITO DE RECEBER AS FÉRIAS PROPORCIONAIS ANTES DE COMPLETAR 12 MESES DE ADMISSÃO

O parágrafo único do artigo 146 da CLT explicita que *“na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias”*.

Exclui, portanto, por omissão no texto, o direito às férias proporcionais, do empregado que se demite antes de completar 12 meses de trabalho para o mesmo empregador.

Tal omissão legislativa vem sendo suprida pelo disposto nas Súmulas 171 e 261 do TST, que estabelecem:

Súmula nº 171 do TST

FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (republicada em razão de erro material no registro da referência legislativa), DJ 05.05.2004

Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51).

Súmula nº 261 do TST

FÉRIAS PROPORCIONAIS. PEDIDO DE DEMISSÃO. CONTRATO VIGENTE HÁ MENOS DE UM ANO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
O empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.

Necessário seria, então, que a CLT se adequasse ao moderno pensamento jurisprudencial, passando a constar em seu texto, o direito às férias proporcionais do empregado que se demite antes de completar um ano de trabalho para o mesmo empregador.

3.7 – DA NÃO CUMULATIVIDADE DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

A CLT dispõe nos artigos 189 e 193, o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade, definindo quais são as atividades consideradas insalubres e perigosas. A Constituição Federal também prevê a possibilidade de pagamento desses adicionais, no inciso XXIII do art. 7º.

Em regra, o trabalhador labora em atividades sem risco, ou em serviços que apresentam um certo grau de insalubridade, ou de periculosidade, sendo o primeiro, calculado à base de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo, e esse último, no percentual de 30% sobre o salário base contratual.

Ocorre que existe possibilidade de um empregado exercer uma atividade tanto insalubre, quanto perigosa. Entretanto, o parágrafo 2º do artigo 193 da CLT possibilita ao empregado optar entre um dos dois adicionais, numa clara alusão de que não há cumulatividade, mesmo a atividade sendo insalubre e perigosa ao mesmo tempo.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho vem adotando uma postura conservadora, não permitindo o acúmulo de adicionais, como se extrai do excerto transcrito:

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1.

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. O Regional concluiu laborar o reclamante permanentemente em área de risco, nos termos do disposto no art. 193 da CLT, aplicando o entendimento consubstanciado na Súmula nº 364, I, primeira parte, do TST, bem como entendeu correto o enquadramento das atividades exercidas em condições insalubres em grau máximo. Diante de tal quadro fático, condenou a reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade, tendo em conta a impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Óbice da Súmula nº 333 do TST. 2. ACÚMULO DE FUNÇÕES. O Regional entendeu fazer jus o reclamante a diferenças salariais decorrentes de acúmulo de atribuições, em decorrência do transporte de empregados, atividade para a qual não foi contratado. Óbice da Súmula nº 126 do TST, não havendo como vislumbrar violação do art. 456, parágrafo único, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Processo: AIRR - 578-48.2013.5.04.0461 Data de Julgamento: 07/10/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015.

Urge então, que o legislador modifique a CLT, permitindo o acúmulo de adicionais, tudo tendo em vista a proteção do trabalhador, parte hipossuficiente na relação capital/trabalho.

3.8 – O ARTIGO 457 DA CLT E O CONFLITO COM A SÚMULA 354 DO TST

O artigo 457 da CLT, reza que “*Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber*”.

Apesar da previsão no artigo 457 da CLT, de que as gorjetas fazem parte da remuneração do trabalhador, “para todos os efeitos legais”, o Tribunal Superior do Trabalho tem interpretação restritiva desse dispositivo, ao declarar que as gorjetas não servem de base para cálculo de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, conforme dispõe a Súmula 354, transcrita:

Súmula nº 354 do TST

GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Neste caso, a CLT deve ser alterada, fixando de forma bem clara, que as gorjetas, por fazerem parte da remuneração variável do trabalhador, deve integrar a base de cálculo das verbas, as quais são excluídas pela Súmula em exame.

3.9 – DA INAPLICABILIDADE DA JUSTA CAUSA PREVISTA NO ARTIGO 482, “f”, DA CLT.

O artigo 482 da CLT trata dos motivos ensejadores da demissão por justa causa. Entre os motivos, encontra-se a embriagues habitual ou em serviço, prevista na alínea “f” do mencionado artigo. Ocorre que a norma vem perdendo a sua eficácia, desde quando o Tribunal Superior do Trabalho não aceita a demissão por justa causa, quando se comprova que o empregado é portador de alcoolismo crônico, conforme se extrai da ementa a seguir transcrita:

Ementa:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. ALCOOLISMO CRÔNICO. DISPENSA MERAMENTE ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DA DOENÇA, AINDA QUE NÃO OCUPACIONAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. SÚMULA 443/TST. ATO DISCRIMINATÓRIO E JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL...

[...]

Processo: RR - 775-73.2013.5.04.0664 Data de Julgamento: 24/02/2016, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016.

Este é, portanto, mais um artigo, que perde parcialmente a sua eficácia, por manter-se obsoleto face a uma mais moderna interpretação jurisprudencial. A embriaguez habitual atualmente é tratada como doença, devendo o empregado ser encaminhado para tratamento médico, não se permitindo a demissão por justa causa.

4. CONCLUSÃO

Este artigo conduz à polêmica, no sentido de que a Constituição Federal ainda é um instrumento que carece de regulamentação em uma razoável parte do seu texto. Muitos direitos trabalhistas ainda não foram regulamentados, prejudicando o trabalhador brasileiro, retirando-lhe um pouco da tão sonhada dignidade.

Se por um lado, a Carta Magna estabelece um valor mínimo de salários, por sua vez, tal valor é muito inferior ao que necessita um trabalhador para sobreviver juntamente com a sua família. A valorização do trabalho, pregada no artigo 1º, IV e 170 da Constituição Federal, não é efetiva, tendo em vista o quanto se paga a título de salário mínimo a um trabalhador brasileiro.

A proteção contra a dispensa arbitrária, ainda é um sonho muito distante de se concretizar.

Se ainda falta regulamentação em uma parte do texto constitucional, sobra ineficácia na Consolidação das Leis do Trabalho, desde quando alguns artigos sequer se pode aplicar, por existir conflito com a própria Constituição Federal.

Outros artigos da CLT também carecem de reforma, o que muitas vezes provoca o Tribunal Superior do Trabalho a julgar, interpretando de forma extensiva, buscando modernizar a sua jurisprudência, e, em outras oportunidades, preenchendo as lacunas que a lei apresenta.

Não há dúvida, de que necessita-se com urgência regulamentar alguns artigos da Carta Magna, e, com maior pressa, reformar grande parte da Consolidação das Leis do trabalho, tudo em nome da valorização do trabalho, e da dignidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. (Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943). 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição Federal de 1988** (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13.03.2016).

_____. **Emenda Constitucional nº 72/2013**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em 12.03.2016.

_____. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 03.03.2016.

Lei 13.105 de 16.03.2015. Institui o novo Código de Processo Civil. Encontrado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09.03.2016.

Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 171**. FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (replicada em razão de erro material no registro da referência legislativa), DJ 05.05.2004.

Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 261**. FÉRIAS PROPORCIONAIS. PEDIDO DE DEMISSÃO. CONTRATO VIGENTE HÁ MENOS DE UM ANO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 354**. GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Tribunal Superior do Trabalho. **Processo: AIRR** - 1461-48.2010.5.10.0003 Data de Julgamento: 25/02/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015.

Tribunal Regional do Trabalho. **PROCESSO TRT 2ª REGIÃO 0002342-71.2013.5.02.0058**. RELATORA DESEMBARGADORA THAIS VERRASTRO. DATA DA PUBLICAÇÃO 04.12.2015

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **RR** - 778-90.2013.5.15.0027 Data de Julgamento: 09/12/2015, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2015.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **AIRR** - 1216-22.2013.5.04.0028 Data de Julgamento: 23/09/2015, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/09/2015.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **RR** - 807-50.2012.5.08.0002 Data de Julgamento: 09/03/2016, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **RR** - 900-30.2011.5.04.0561 Data de Julgamento: 09/03/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **AIRR** - 1903-40.2012.5.15.0153 Data de Julgamento: 09/03/2016, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **AgR-E-RR** - 1805-15.2010.5.03.0103 Data de Julgamento: 03/03/2016, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **AIRR** - 578-48.2013.5.04.0461 Data de Julgamento: 07/10/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015.

Tribunal Superior do Trabalho. Processo: **RR** - 775-73.2013.5.04.0664 Data de Julgamento: 24/02/2016, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTUDOS ESTATÍSTICOS E SÓCIOECONÔMICOS. **Valores de cesta básica**. Encontrado em www.dieese.org.br/analisebasica/2015/201512cestabasica.pdf. Acesso em 06/03/2016.

GOEDERT, Rubia Carla. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A Constitucionalização do Direito Privado, os Direitos Fundamentais e a Vinculação dos Particulares**. Encontrado em <https://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjurica/.../1751>.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. Ed. São Paulo. São Paulo: Atlas, 2012.

PNAD – Pesquisa Nacional de Domicílio. Trabalhadores com renda superior a 20 salários mínimos em São Paulo, realizada em 2009. Disponível em www.dieese.org.br/server/serie.do. Acesso em 06.03.2016.

PNAD – Pesquisa Nacional de Domicílio de 2013. Renda média de trabalhadores em 2013. Disponível em g1.globo.com/economia/noticia/2014/09/mulheres-ganham-737-do-salario-dos-homens-afirma-pnad.html. Acesso em 06.03.2016.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos Humanos**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.