

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

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

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-186-9

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. Direitos Sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência Social. 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

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, foram apresentados 24 trabalhos que refletiram nas questões relacionadas majoritariamente aos direitos previdenciários, da saúde, da assistência e alguns outros direitos fundamentais sociais previstos no artigo 7º da CF/88. As apresentações e os debates demonstraram a maturidade e pertinência dos resultados das pesquisas apresentadas, na sequência da primeira experiência deste GT, que estreou no Conpedi de Belo Horizonte. As temáticas abordadas, aliado ao contexto de reformas na seguridade social (especialmente na Previdência Social), que o País novamente enfrenta, justificam este GT como um locus privilegiado de pesquisa, debate e contribuição da academia na formulação e reformulação de políticas públicas neste campo. Os Coordenadores do GT agradecem a todos os que dele participaram, na certeza de que o sucesso e consolidação do GT depende justamente dos pesquisadores que se dedicam a esta seara. Eis uma síntese dos trabalhos apresentados.

01 - No artigo A CARACTERIZAÇÃO DE AUXÍLIOS-DOENÇA ACIDENTÁRIOS POR TRANSTORNOS MENTAIS APÓS A CRIAÇÃO DO NTEP, de Camila Marques Gilberto e Lilian Muniz Bakhos, as autoras apresentam um estudo sobre a depressão no trabalho, trazendo dados internacionais. O artigo une o direito previdenciário ao trabalhista, analisando os impactos dos transtornos psíquicos no mundo do trabalho. A depressão, através dos dados colhidos, passou a ser um dos principais motivos para afastamento do trabalho. Anasilaram o custo social da depressão. Verificaram os efeitos da Lei n. 9032/95 e suas implicações no direito do trabalho e no direito previdenciário.

02 – No artigo A FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRITÉRIO DA NECESSIDADE NA ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA, de Pâmela Cristine Bolson e Juliana Toralles dos Santos Braga, as autoras analisam o critério de necessidade instituído pela Constituição Federal de 1988, demonstrando que esse critério não foi instituído, seja na seara administrativa, no âmbito do INSS, seja na construção jurisprudencial. As autores analisam os julgados do TRF4.

03 – No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL FUNDAMENTAL COMO (NOVO) CONTEÚDO MÍNIMO DA CIDADANIA SOCIAL, de Fernando Amaral, o autor busca demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, analisando a cidadania civil e a social. Busca demonstrar que existe dentro da cidadania social um conteúdo mínimo de

dignidade que deve ser aplicado, buscando construir uma determinada cidadania social existencial a partir destes elementos.

04 – No artigo A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE NA APOSENTADORIA ESPECIAL, de autoria de Eric Vinicius Galhardo Lopes, o autor constatou que grande parte dos segurados tiveram seus pedidos indeferidos porque não detêm o PPP. As empresas não fornecem os mesmos, não possuem os PPPs ou até mesmo não existem mais. O empregado não concorreu com qualquer culpa nestes casos. Conclui que o INSS deve ser responsabilizado pela perda de uma chance nestes casos. Isso porque a responsabilidade do Ente Público sempre é objetivo.

05 – No artigo ANÁLISE DA CONDIÇÃO DO CHEFE OU ARRIMO DE FAMÍLIA EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, de autoria de Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto, o autor apresenta uma análise dos tratados e convenções internacionais, propondo que o Judiciário deverá utilizar os Tratados aos quais o Brasil é signatário quando da decisão das questões envolvendo os direitos previdenciários. Entende que o Poder Judiciário deverá aplicar o Controle de Convencionalidade de ofício. Segundo este entendimento, no caso da aposentadoria por idade às trabalhadoras rurais, o autor entende que deva ser utilizada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, buscando retroceder os efeitos desta Convenção para o dia 21/03/84.

06 – No artigo AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIÇA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA DIVERGÊNCIA ENTRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O EMPREGADOR QUANTO À CAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR EMPREGADO, de autoria de Rose Maria dos Passos e Rodrigo Garcia Schwarz, os autores analisam a convergência do Direito do Trabalho e a Previdência Social. Analisam a questão da incapacidade laboral não constatada na perícia médica previdenciária, em virtude de a empresa não aceitar o trabalhador por entender que ele está ainda incapacitado. Verificam, na pesquisa, as implicações desta situação em que os autores denominaram de “limbo previdenciário.”

07 – No artigo CONSTRUÇÃO DE GÊNERO: DIREITO, CORPO E VIOLÊNCIA, dos autores Júlia Francieli Neves de Oliveira e Leonel Severo Rocha, os autores analisam historicamente a questão do gênero, apontando os cerceamentos que as mulheres passaram historicamente. inicialmente, investigam a castração feminina. Verificam a nova divisão do trabalho no capitalismo, estudando o discurso religioso e a sexualidade negada, para, ao final, realizarem uma abordagem psicanalítica da construção da sexualidade e identidade feminina.

08 – No artigo DESAPOSENTAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, o autor Luiz Carlos Mucci Júnior analisa a desaposentação à luz dos direitos da personalidade, analisando as encíclicas papais e os tratados internacionais. Analisa o nascimento dos direitos da personalidade e as contradições que esta concepção apresenta. Investiga o instituto da desaposentação e seu trâmite no STF.

09 – No artigo DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS: DETERMINANTES E CONSEQUÊNCIAS, o autor Eliseu Sampaio Nogueira analisa os impactos da desoneração da folha de pagamento, investigando o sistema de seguridade e os impactos destas desonerações na economia. O impacto é de até 44 bilhões de reais. Entende que as desonerações não foram feitas de forma adequada, pois não foram realizados estudos sobre as atividades e setores que foram beneficiados. Conclui que a União não repôs o que retirou da Seguridade Social. Entende que a unificação das receitas (fiscais e previdenciárias) foram feita de forma inconstitucional.

10 – No artigo DIREITO À SAÚDE: A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE À LUZ DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH, dos autores Paulo Cerqueira de Aguiar Soares e In amaria Mello Soares, os autores analisam a relação médico com o paciente, utilizando a teoria de Axel Honneth, aplicando as categorias que este autor desenvolveu. O amor, o direito e a solidariedade são as categorias que os autores apontam para realizar a análise entre a relação médico e paciente. Analisam a medicina e suas especialidades. Avaliam os planos de saúde e a mercantilização da saúde.

11 – No artigo DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, de Têmis Linberger e Brunize Altamiranda Finger, os autores analisam o ingresso dos direitos sociais na ordem constitucional e sua proteção pelo Estado. Avaliam que no Brasil não houve o Estado Social. Apontam que é a partir da CF/88 que surge o Estado Social brasileiro. Analisam as crises do Estado Social, apontando como primeira crise a financeira, a segunda é a crise ideológica e a terceira a crise filosófica. Apontam que a judicialização da saúde está diretamente ligada a este Estado Social e sua não efetividade. Avaliam o direito à saúde após a CF/88, enfocando o SUS e suas atribuições.

12 – No artigo DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL – A SOLIDARIEDADE COLETIVA, SOBREPUJANDO O DIREITO INDIVIDUAL, de José Waschington Nascimento de Souza e Monica Menezes da Silva, os autores analisam a

proteção contra alguns infortúnios, mesmo sem que não tenha contribuição por parte do jurisdicionado, como é o caso da Saúde e da Assistência Social. Trazem a desaposentação para demonstrar a validade do princípio da solidariedade.

13 – No artigo FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: COMPENSAÇÃO DE JORNADA – BANCO DE HORAS, de Rodrigo Guilherme Tomas e Merhej Najm Neto, os autores analisam historicamente a limitação da jornada do trabalho, desde a Revolução Industrial e outras leis e institutos. Verificam que na CLT consta a limitação da jornada de trabalho. Entendem que o banco de horas revela uma flexibilização dos direitos trabalhistas.

14 – No artigo JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA (RE)AFIRMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DO IDOSO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL, de Kaira Cristina da Silva, a autora analisa a importância da jurisdição democrática, enfocando o direito do idoso aos benefícios sociais. Explicita os direitos fundamentais, no sentido de que os direitos dos idosos devem ser entendidos como direito fundamental. Analisa a questão da renda familiar “per capita”, investigando a jurisdição constitucional e o acesso à justiça.

15 – No artigo MODELOS DE SISTEMAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À SEGURANÇA SOCIAL, de Carlos Luiz Strapazon e Clarice Mendes Dalbosco, os autores apontam a proteção dos direitos sociais a partir da segurança social. Analisam os diferentes regimes de proteção social, verificando como os Estados regulamentaram isso, bem como os riscos sociais que estes Estados passaram a observar e desenvolver. Analisam os tratados internacionais. Apontam para o uso da expressão segurança social e não seguridade social.

16 – No artigo O MAGISTRADO, A TUTELA DE URGÊNCIA NOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL, de Rodrigo Gomes Flores e Liane Francisca Hüning Pazinato, os autores analisam a concessão dos medicamentos, especialmente na justiça comum, em que os magistrados deferem os medicamentos utilizando os procedimentos comuns. Apontam os gastos da saúde no Rio Grande do Sul, em 2013, os dispêndios nestes casos chega a mais de 60%. Analisa o que denomina de “mito da urgência”, defendendo a tese de que sempre nestes casos deva ser ouvido o administrador da saúde.

17 – No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÍNDROME DE FRANKENSTEIN NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UMA SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL, de Marco Cesar de Carvalho, o autor analisa as regras da aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, aplicado aos Regimes

Próprios, apontando que os critérios de ambos os regimes são incompatíveis. Com isso, torna-se inviável utilizar-se os critérios do RGPS para a concessão dos benefícios constantes nos RPPS.

18 – No artigo OS DIREITOS SOCIAIS DO IDOSO NO BRASIL: DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS DA SEGURIDADE SOCIAL, de Roberta Terezinha Uvo Bodnar, a autora analisa a Assistência, a Previdência e a Saúde. Indaga a efetividade dos direitos à Saúde em virtude das grandes demandas. Em relação à Assistência Social, o benefício social concedido não é suficiente para garantir a proteção mais global. Conclui que o direito assegurar às três áreas da seguridade social.

19 – No artigo OS IMPACTOS DA LEI N. 1135/2015 SOBRE O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, de autoria de Célia Regina Capeleti, a autora analisa as alterações da pensão por morte, decorrentes da Lei n. 1135/15, em relação aos servidores públicos. Todas as alterações legislativas apontam, segundo a autora, para a padronização dos direitos entre os servidores públicos e os celetistas. Analisa os Fundos de Previdência dos servidores públicos. Verifica como o princípio da proibição do retrocesso social é aplicado no Brasil. Questiona se realmente estas mudanças havidas na pensão por morte representam um retrocesso social.

20 – No artigo PARA ALÉM DA REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: A DESAPOSENTAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as questões econômicas que implicam a desaposentação. Em 2014 a ANFIP previu que o dispêndio seria em torno de 70 bilhões de reais. A autora investiga as implicações sociais trazidas pela desaposentação. Na CF/88 existem, segundo constatou, quinze dispositivos constitucionais que permitem a desaposentação.

21 – No artigo PRINCÍPIO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO FILHO UNIVERSITÁRIO ATÉ OS VINTE QUATRO ANOS?, de autoria de Alex Pereira Franco, o autor utilizou outras fontes de pesquisa, fora do direito, para justificar sua tese. Conclui que o princípio da seletividade e o da distributividade, não é possível estender a pensão por morte ao filho universitário superior aos 24 anos. Entende que a posição do STJ é correta nesse sentido de não manter este benefício.

22 – No artigo REFLEXÃO SOBRE O CONSTRUTIVISMO OU ATIVISMO JUDICIAL: NA PERSPECTIVA DE SER UM INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL NO

ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA, de autoria de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisa as sentenças trabalhista que não possuem efetividade para a Previdência Social, uma vez que é necessário que os trabalhadores ingressem novamente com as demandas na Justiça Federal. Analisa a cooperação e o diálogo institucional na perspectiva de avaliar as sentenças trabalhistas e sua efetividade na Previdência Social.

23 – No artigo TABAGISMO E OBESIDADE: OS REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES, de autoria de Manuela Corradi Carneiro Dantas e Adrienne Rodrigues-Coutinho, as autoras buscam demonstrar a discriminação dos trabalhadores quando são tabagista e estão na fase da obesidade. Avalia se nestes casos é concedido os benefícios do auxílio-doença a estes trabalhadores. Faz uma análise dos diversos tipos de Estado, verificando os tratados internacional e sua aplicabilidade neste sentido. Analisa os dados do tabagismo no Brasil, bem como os mecanismos para coibir o tabagismo no Brasil. A cada ano, morre no Brasil 200 mil pessoas com doenças relacionadas ao tabaco. Em 2014, pesquisa aponta que 51% das pessoas estão acima do peso.

24 – No artigo UMA BREVE E ATUAL ANÁLISE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E A SUA PERSPECTIVA DE FUTURO NESTES TEMPOS HIPERMODERNOS, de autoria de Aline Fagundes dos Santos, a autora pretende investigar algumas questões previdenciárias na sociedade atual. Indaga como garantir os frutos dos benefícios futuramente, enfrentando as questões da feminização do mercado de trabalho, a mudança da família, a expectativa de vida e a queda da fecundidade, entre outros. Os dados apontam que em 2050 a pirâmide vai se inverter, entrando em choque o modelo de repartição simples até então suficiente. A questão levantada pela autora é justamente a sustentabilidade do sistema previdenciário.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa (FURG)

Prof. Dr. Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho (UPE)

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL – A
SOLIDARIEDADE COLETIVA, SOBREPUNDO O DIREITO INDIVIDUAL
SOCIAL, WELFARE AND SOCIAL SECURITY - A COLLECTIVE SOCIAL,
OVERWHELMING THE INDIVIDUAL RIGHT**

**José Washington Nascimento de Souza
Monica Menezes Da Silva**

Resumo

Este artigo tem como propósito, fazer um breve estudo acerca da seguridade social, abordando princípios constitucionais vinculados à seguridade e, em especial, à previdência social. No Brasil vigora uma legislação, na qual todos, sociedade trabalhadora, entidades privadas e entes públicos contribuem para o sistema. Uma das discussões, diz respeito à participação no custeio, por parte dos trabalhadores que se aposentam por tempo de serviço, e, continuam trabalhando, sendo obrigados a contribuir para a previdência social, sem direito a qualquer outro benefício. Os doutrinadores classificam essa obrigação como um instrumento de solidariedade. Sobre este princípio, serão apresentadas decisões de diversos tribunais.

Palavras-chave: Custeio, Seguridade, Solidariedade, Universalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to make a brief study of the social security, addressing constitutional principles related to security and in particular to social security. In Brazil in force legislation in which all working society, private and public entities contributing to the system. One of the discussions, concerns the participation in funding, by workers who retire for length of service, and continue to work, being forced to contribute to social security, without the right to any other benefit. The scholars classified this obligation as an instrument of solidarity. On this principle, several courts decisions will be presented.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Costing, Security, Solidarity, Universality

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, dêis 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 – INVIOLABILIDADE 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 vigorante.

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 JURISDICIONAL[...] 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 inserido 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/113105.htm. Acesso em 09.03.2016.

Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 171**. FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (república 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.