

**FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPEDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO "EURÍPEDES DE MARÍLIA" - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO DE DIREITO**

LEONARDO DE GÊNOVA

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR BRASILEIRO E
SUAS PERSPECTIVAS NO SÉCULO XXI**

MARÍLIA
2006

LEONARDO DE GÊNOVA

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR BRASILEIRO E
SUAS PERSPECTIVAS NO SÉCULO XXI**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

MARÍLIA
2006

GÊNOVA, de Leonardo.

O princípio da proteção ao trabalhador brasileiro e suas perspectivas no século XXI/Leonardo de Gênova; orientador: Lafayette Pozzoli. Marília, SP: [s.n.], 2006.159 fls.

Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha".

1.Princípio protetor do trabalhador 2.Globalização
3.Trabalho 4. Princípio da dignidade da pessoa humana

CDD: 341.6

LEONARDO DE GÊNOVA

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR BRASILEIRO E SUAS
PERSPECTIVAS NO SÉCULO XXI**

Banca examinadora de dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Resultado:10,0 (DEZ)

ORIENTADOR: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR(A): Prof^(a) . Dr^(a). NORMA SUELI PADILHA

2º EXAMINADOR(A): Prof^(a). Dr^(a). THEREZA CRISTINA NAHAS

Marília, 30 de junho de 2006.

DEDICATÓRIAS

Aos meus pais,

Laurindo de Gênova (in memoriam) que, apesar da ausência física, está presente na realização deste sonho.

Ceres Ferreira da Silva de Gênova, pelo apoio e incentivo por me ajudar a concretizar este objetivo. Que um dia eu possa retribuir-lhe todo amor e dedicação.

Aos meus irmãos, Glauco e Ciro por fazerem parte da minha vida.

Á minha noiva, Juliana, pelo apoio e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Primordialmente a Deus, por me conceder a graça da vida e da realização deste trabalho.

Aos meus professores, que colaboraram diretamente na elaboração deste trabalho, nossos mais profundos agradecimentos.

Aos funcionários, especialmente a Lúcia, Samara e Camila, pela gentileza e profissionalismo.

Ao Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, pela sempre pronta e eficaz orientação.

"O trabalho não é considerado mercadoria também por uma razão e ordem filosófica, qual seja, a da sua dignidade. A filosofia moderna é uma filosofia da atividade e tende a definir o homem como um ser que, pela sua criatividade, objetiva a cultura na natureza. A idéia particular do trabalho passa a ser confundida com a do espírito, portanto se identificam, o que exclui qualquer possibilidade de entendimento do trabalho como mercadoria, já que passa a ser entendido como inerente à personalidade do ser humano. Pelo trabalho o homem se harmoniza com a natureza, transmitindo-lhe o sopro da sua inteligência. O trabalho é um criador, como também um fator de humanização do homem, um dos valores que a sociedade reconhece como fundamentais."

Amauri Mascaro Nascimento (Curso de Direito do Trabalho, 1995, p. 279)

GÊNOVA, Leonardo de. O princípio da proteção ao trabalhador brasileiro e suas perspectivas no século XXI. 2006. 159 fls. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em direito do UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Marília, 2006.

RESUMO

A economia tem um papel fundamental para as transformações no mundo da globalização, alterando vários princípios basilares do direito, inclusive do direito do trabalho, ditando a intensa integração dos mercados mundiais de produção e consumo. Novas formas de produção apareceram no mundo, conseqüentemente, apareceram novas formas de trabalho. Desde a Revolução Industrial, não nos deparamos com um regime econômico tão ágil e complexo como o atual, se confundindo com a velocidade e a complexidade da internet, abrindo as portas para a Revolução Tecnológica. Diante disso, a sociedade contemporânea se deparou com um novo processo gerador de desigualdades sociais que atende pelo nome de globalização. Ressalta-se que as alterações econômicas no início do século XXI não só atingiram diretamente a sociedade brasileira, bem como a sociedade global, principalmente na transformação do perfil e volume do emprego, das qualificações e da organização do trabalho. O objeto da pesquisa coloca-se, portanto, na validade do princípio da proteção ao trabalhador nas novas relações de emprego. Os fundamentos teórico-crítico da dogmática jurídica foi a linha de pesquisa escolhida para observar o objeto acima referido. Dessa forma, para fins de verificação quanto à fiel observância do princípio protetor, o presente trabalho teve como escopo fazer uma análise quanto a sua validade e importância dentro do direito do trabalho e nas relações sociais no Brasil, sob a perspectiva do princípio da dignidade humana e da conjuntura histórica dos trabalhadores.

Palavras-chaves: princípio protetor do trabalhador; globalização; trabalho; Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Economy has a fundamental role on the changes in the world of globalization, altering several basic principles of the law, including those of the law of labour, setting an intensive interaction in worldwide production and consumption markets. New forms of production came up in the world and, in consequence of that, new forms of labour. Since the industrial revolution we haven't faced such an agile and complex economical regime as the present one, mixing internet speed and complexity, opening doors for the technological revolution. Thus, contemporary society faced a new process generating social differences named globalization. Moreover, the negative effects of globalization have struck directly the Brazilian society, as well as the global one, mainly on matters of changing the profile and volume of employment work qualifications and organization. This research object is set, then, to state the globalization negative effects for the protector principle of the worker. The theoretical-critical fundamental of juridical dogmatics was the chosen search line to observe the object referred above. So, as means of verification of a trustful observance of the protector principle, the present work scope is to make an analysis about its validity and importance within the law of labour in the social relations in Brazil under the perspective of the principle of human dignity and the historical conjuncture of workers.

Key words: principle protector of the worker, globalization, work, Principle of human dignity.

RESUMEN

La economía tiene un papel fundamental en las transformaciones del mundo globalizado, alterando varios principios básicos del derecho, inclusive del derecho del trabajo, impone, también, una intensa integración de los mercados mundiales de producción y de consumo. Nuevas formas de producción surgieron en el mundo, por lo tanto, aparecieron nuevas formas de trabajo. Desde la revolución industrial, no había surgido un régimen económico tan ágil y complejo como el actual, se confunde con la velocidad y la complejidad de la Internet, abriendo las puertas de la revolución tecnológica. Frente a esto, la sociedad contemporánea se ha deparado con un nuevo proceso generador de desigualdades sociales que han afectado directamente la sociedad brasileña, como también la sociedad global, principalmente en la transformación del perfil y del número de empleos, de las calificaciones y de la organización del trabajo. El objetivo de este estudio, pretende afirmar cuales son los efectos negativos de la globalización delante del principio protector del trabajador. La línea de pesquisa escogida para observar el objeto descrito anteriormente fueron los fundamentos teórico-críticos de la dogmática jurídica. Así, con el fin de verificar el principio protector fiel, el presente trabajo tuvo como base, dentro del derecho del trabajo, hacer un análisis de la validez, la importancia y de las relaciones sociales en Brasil, bajo la perspectiva del principio de la dignidad humana y del contexto histórico de los trabajadores.

Palabras Claves: principio protector del trabajador, globalización, trabajo, principio de la dignidad del ser humano.

LISTA DE QUADROS E ILUSTRAÇÕES

	Fls.
Quadro 01. (Número de Processo iniciados no Brasil)	30
Quadro 02. (Obstáculo epistemológico no vínculo de trabalho).....	85
Quadro 03. (Número estimado de empregados no setor financeiro no Brasil, 1989-1996).....	90
Quadro 04. (Declínio do número de greves)	103
Ilustração 01. (máquina para corte de cana).....	58

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

BID: Banco Interamericano de Desenvolvimento

CF: Constituição Federal

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

Coord.: Coordenador

DIEESE: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócios-Econômicos

Min.: Ministro

FMI: Fundo Monetário Internacional

FGTS: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

HSBC: HSBC Bank Brasil S.A.

Nº.: Número

OIT: Organização Internacional do Trabalho

Org: Organizador

SP: São Paulo

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TST: Tribunal Superior do Trabalho

STF: Supremo Tribunal Federal

UNB: Universidade de Brasília

USP: Universidade de São Paulo

Vol.: Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1. Evolução histórica da legislação trabalhista no Brasil.....	18
1.2. Fase do Império.....	18
1.3. Fase da República.....	20
1.4. Fase Constitucional: 1988.....	28
CAPÍTULO 2. O princípio da proteção.....	33
2.1. Noções Gerais.....	33
2.2. Conceito do Princípio Protetor do Trabalhador.....	38
2.3. Sujeitos.....	41
2.4. Fundamentos.....	42
2.5. Formas de aplicação.....	42
2.5.1. A regra <i>in dubio, pro operário</i>	43
2.5.2. A regra da norma mais favorável.....	43
2.5.3. A regra da condição mais benéfica.....	45
CAPÍTULO 3. O princípio da proteção ao trabalhador brasileiro e a globalização.....	47
3.1. Origem da Globalização.....	47
3.2. Conceito da Globalização.....	50
3.3. Efeitos da Globalização.....	52
3.3.1. Novo Sistema de Produção.....	53
3.3.1.1. A Disputa pelo Mercado.....	54
3.3.1.2. Novas Formas de Gestão.....	55
3.3.1.3. Avanço Tecnológico.....	57
3.3.1.3.1. Computador.....	57
3.3.1.3.2. Internet e Email.....	59
3.3.1.4. Neoliberalismo: Aspectos Políticos e Econômicos.....	68
3.3.2. Novo Sistema de Trabalho.....	70
3.3.2.1. Flexibilização.....	70
3.3.2.1.1. Posição a favor da flexibilização.....	72
3.3.2.1.2. Posição contra a flexibilização.....	73
3.3.2.1.3. Normas trabalhistas: Proteger ou Flexibilizar, eis a questão.....	74
3.3.3. Terceirização.....	77

3.3.3.1.A subordinação nas relações triangulares do trabalho: obstáculo epistemológico no vínculo de trabalho.....	81
3.3.4. Desemprego e Subemprego.....	87
CAPITULO 4.Organização Internacional do Trabalho (OIT).....	94
CAPÍTULO 5. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho.....	99
5.1. Uma reflexão acerca dos direitos humanos em face ao direito do trabalho.....	99
5.2. A garantia efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações laborais.....	106
CONCLUSÕES.....	113
REFERÊNCIAS.....	119
ANEXO I (Questionário - Oris de Oliveira).....	125
ANEXO II (Acórdão na Íntegra - Internet e e-mail)	128
ANEXO III (Projeto de Lei nº 6.542/2005 - competência).....	154
ANEXO IV (Acórdão na Íntegra-Relação de Emprego e Trabalho Autônomo).....	155

INTRODUÇÃO

O presente estudo, seguindo setores do conhecimento, que pode ser classificado nas ciências sociais, mais precisamente na área do direito, nos seus ramos do direito do trabalho, do direito constitucional, direito econômico e direito internacional, abrange os valores sociais do trabalho e os princípios do direito do trabalho.

A pesquisa visa identificar a validade do princípio da proteção aos trabalhadores brasileiros no cenário do século XXI os quais se encontram na relação de emprego (formais e informais) e não estatutário. Além disso, o estudo não abrange os demais trabalhadores que a nova Emenda Constitucional nº 45 dispõe sobre o inciso IX, que poderá ser tema de um novo trabalho, sendo certo que o objetivo deste trabalho é traçar parâmetros interpretativos para causas que configuram o vínculo empregatício.

Buscamos uma pesquisa de natureza bibliográfica, documental, digital e estudos de casos, com os quais procuramos traçar um paralelo entre o entendimento das opiniões de juristas/pensadores e parâmetros constatados na realidade social brasileira, caracterizando-se como um estudo de caráter analítico.

O primeiro capítulo, preliminarmente, busca os fatos históricos concentrados no direito brasileiro, visando identificar os principais enfoques históricos do direito do trabalho, tanto no aspecto individual quanto no aspecto coletivo, pois a sua própria história se confunde com a história da humanidade.

Todavia, é importante pesquisar as evoluções e as mudanças do movimento operário, as quais são cada vez mais constantes, onde o Estado perde a força e o capitalismo avança de uma forma avassaladora, devendo compreender a sua origem e suas conquistas.

Já o segundo capítulo remete ao princípio protetor, que aborda as referências conceituais e a sua importância na relação de emprego. Além disso, verifica as formas de aplicação do princípio da proteção, em via do “*in dubio, pro operario*”, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica.

No terceiro capítulo apresentamos as novas formas de produção e novas formas de trabalho no século XXI. A dialética entre o capital e o trabalho persiste no mundo contemporâneo. A realidade social, subordinada a fatores intrínsecos e extrínsecos, dá uma nova dimensão à ordem jurídica posta, já que esta tem que se adaptar à modificação que ocorre no plano factual impondo uma nova visão sobre o tema. Analisamos também, a subordinação nas relações triangulares do trabalho, em que se pode diagnosticar um obstáculo epistemológico da dependência.

Buscamos também, no quarto capítulo, destacar a importância da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dentro do cenário brasileiro, haja vista que é a agência que fomenta e promove a proteção aos trabalhadores do mundo todo.

Finalmente, o quinto capítulo busca uma reflexão entre a dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho, analisando o aparecimento dos direitos sociais e o entendimento do conceito da dignidade humana para, a partir de então, ir ampliando a abordagem do assunto para os aspectos do direito do trabalho. Além disso, mostrará a importância da garantia efetiva

do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de empregos, assumindo o ponto central e orientador dentro da sociedade contemporânea.

Nota-se que a realidade social é subordinada a determinados fatores que a condicionam a acompanhar as transformações ocorridas em sociedade. E, dentro dessas transformações, nascem os efeitos decorrentes da globalização, causando um grande impacto nos valores sociais do trabalho, principalmente quando nos referimos ao princípio da proteção do trabalhador, pois com a chegada da automação, as linhas de produção são capazes de produzir diversos tipos de modelos em lotes menores e mais rentáveis economicamente do que a produção feita pelos operários, proporcionando assim o desemprego em massa.

Além disso, um dos fenômenos econômicos que estão causando grandes impactos nas relações de emprego é a descentralização produtiva com a consequente terceirização de parte da atividade econômica. A tradicional relação de emprego cede cada vez mais a relações triangulares de trabalho ou formas de prestação autônoma de serviços.

A função econômica nas relações de emprego torna-se evidente também a quem acompanha o recente debate em torno de sua flexibilização, que quebra a rigidez das normas constitucionais.

A nova economia contemporânea modificou a organização de trabalho sob uma lógica muito mais exigente, caracterizando a perda de autonomia em postos de trabalho, aumento de ritmo e intensidade da jornada de trabalho, forte desgaste mental, flexibilização do uso da mão-de-obra e da produção e elevação do controle sobre o trabalho dos operários.

Considerando esses aspectos e valorizando a necessidade de estabelecer-se um entendimento claro e preciso nos alicerces dos direitos fundamentais e do direito trabalho, como foco central da pesquisa no princípio da proteção, proporcionando um debate e uma ampliação das formulações teóricas a esse respeito, observando as profundas mudanças nos processos de trabalho, particularmente na organização do trabalho no marco da globalização, que ainda não foram avaliadas na sua integralidade.

A relevância social do problema a ser investigado fixa-se na interpretação e aplicação do princípio da proteção ao trabalhador brasileiro no direito do trabalho e nas relações de emprego, frente às rápidas e profundas mudanças sociais no século XXI.

Importante destacar que estamos vivendo e protagonizando um momento importante da história da humanidade, no qual o direito busca sinergia para harmonizar as novas alterações de emprego e o princípio da proteção. A situação é complexa, mas a presente pesquisa busca, no aperfeiçoamento de conceitos e teses já existentes, um direito universalizado à atenção, promoção e proteção daqueles que trabalham, independente de sua forma de inserção no processo produtivo. Além disso, busca também definições ou redefinições de estratégias de enfrentamento perante as implicações da nova relação de emprego e as conseqüências adversas sobre o princípio da proteção.

1º CAPÍTULO - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

1. 1. Fase do Império

Antes de analisar a evolução da legislação trabalhista no Brasil, é necessário refletir, em síntese, a forma de trabalho e as atividades econômicas fomentadas na fase imperial, haja vista que a história desempenha um importante papel de desmistificação do eterno e ajudará a compreender que vivemos no tempo da ação.

Na fase do Império, os historiadores não relatam a respeito de um movimento social organizado, até mesmo porque não havia sequer uma classe operária, muito menos organizada, pois nem existia um fomento industrial ou comercial no Brasil.

A sociedade era patriarcal, na agricultura as lavouras intensivas (café, cana, algodão) eram trabalhadas por braços escravos e depois da abolição, desconhecendo inteiramente que, ao menos, o trabalhador pudesse ter outro direito a não ser o recebimento do salário ajustado.

A Constituição Imperial de 1824 proibiu expressamente a formação das corporações, temendo uma organização de trabalhadores, pois no momento, no velho continente, estavam borbulhando vários sindicatos, ligas de operários, com voz atuante na representação política nas localidades onde foram formadas.

O historiador Raymundo Campos (1983, p. 168) relata que “Um início de classe operária apareceu com a construção de estradas onde se utilizava apenas mão-de-obra livre, por exigência contratual do governo”.

No Rio de Janeiro, capital federal da época, surgiu em 1870 a Liga Operária e em 1880 a União Operária.

O Brasil foi palco de uma das maiores estruturas escravistas já conhecidas do mundo. O trabalho escravo era a exploração direta do ser humano, tendo em vista que a “remuneração” do escravo consistia basicamente na sua sobrevivência e, por outro lado, o seu dono recebia a rentabilidade dos frutos produzidos por ele. Posteriormente, em 1889 foi abolida a escravidão, através da Lei Áurea. Aos ex-escravos e sua descendência não restava outra saída, senão viver na periferia das relações de produção e em lavouras.

Para Ângela Maria de Castro Gomes (2002, p. 15),

"uma das principais características do início de uma luta por direitos do trabalho no Brasil foi a necessidade de enfrentar a dura herança de um passado escravista, que marcou profundamente toda a sociedade, nas suas formas de tratar e de pensar seus trabalhadores".

Com a abolição, não houve uma equiparação entre negros e brancos, pois os negros eram ainda considerados “coisas”. Não existia qualquer patamar de igualdade, tendo em vista que os conjuntos de valores criados durante o período colonial não terminou de imediato. A passagem do escravo para servo foi muito lenta e, de servo para uma pessoa dotada com capacidade jurídica plena, demorou ainda mais.

Dessa forma, na fase imperial não foi diagnosticada nenhuma proteção ao trabalhador brasileiro, mas sim a espera das expectativas de direitos básicos, principalmente no que tange à liberdade e igualdade.

1. 2. Fase da República

As manifestações operárias eram tímidas e eram feitas pelos jornais operários publicados através dos grupos, ligas e centros socialistas, formados, por sua maioria, por imigrantes europeus. “O Socialista (São Paulo, 1896) foi editado pelo Centro Socialista de S. Paulo (trazia artigos em espanhol, italiano e alemão)”(Rodrigues, 1966, p.129).

Só nessa fase que começam a aparecer algumas associações de classe, por exemplo, Sociedade União dos Foguistas em 1903 e União dos Operários Estivadores em 1903. No ano de 1903, pelo Decreto nº 979, nasceu o primeiro sindicato, o sindicato rural.

Amauri Mascaro Nascimento (1989, p. 55), descreve o seguinte:

“O Decreto nº 979 (1903) permitiu a reunião dos profissionais da agricultura e das indústrias rurais, tanto pequenos produtores como empregadores, com liberdade de escolha das formas de sindicalização, tanto assim que, para que o sindicato tivesse personalidade jurídica, bastava o registro de dois exemplares dos estatutos, da ata de instalação e da lista de sócios no Cartório do Registro de Hipotecas do Distrito”.

Percebe-se que já se exigia uma forma solene para abertura do sindicato.

É bom, no entanto, lembrar que no Brasil o desenvolvimento industrial não resultou de uma evolução secular como na Europa, passando por etapas sucessivas como artesanato, manufatura, indústria doméstica e grande indústria. Aqui o processo de industrialização sofreu muitas interrupções. Logo após a abertura dos Portos em 1808, por exemplo, o artesanato e as primitivas manufaturas praticamente desapareceram, não agüentando a concorrência dos produtos ingleses. Ainda no Império, o Barão de Mauá montou indústrias que terminaram em

falência e só com a proclamação da república ocorreria um novo surto de industrialização. Crescia o interesse pela atividade industrial e formava-se, com o café e a imigração, um mercado ampliado e uma nova mentalidade empresarial.

O desenvolvimento industrial baseava-se na substituição de importações, principalmente de tecidos e alimentos no Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul. São Paulo superou o Rio de Janeiro. No início do Século XX, o rápido crescimento da sua indústria criou um proletariado, classe trabalhadora que passou a ter um enorme peso na vida política do país. Segundo Campos (1983, p. 168):

“Essa classe operária apareceu como um corpo estranho na sociedade brasileira e não existia na época qualquer legislação que regulamentasse suas atividades. As jornadas de trabalho chegavam em alguns casos a quinze horas por dia. Os locais de trabalho eram insalubres, sujos, com excesso de barulho e falta de iluminação. Regra geral, os salários eram baixos, com alto índice de desemprego entre os homens pela utilização da mão-de-obra mais barata de mulheres e crianças. Apareceram as “doenças sociais”, resultantes da miséria e das precárias condições de trabalho, sendo a tuberculose a mais comum”.

A própria classe operária consumia os produtos que fabricava, como tecidos, calçados, produtos alimentícios; daí, o lucro dos empresários resultou, não somente dos baixos salários pagos, mas também do consumo da classe operária. Portanto, os operários realizavam a acumulação capitalista como produtor e consumidor. Moravam em conglomerados próximos às fábricas, denominados cortiços, embora algumas fábricas tivessem criado vilas operárias, com condições melhores de moradia, porém com disciplina rígida, quase militar sobre a vida cotidiana dos moradores.

Quanto à garantia no emprego, a ausência era total. A dispensa podia ocorrer a qualquer momento, sem que o patrão pagasse indenização ou aviso prévio. Não havia “Semana Inglesa”, férias e nem aposentadoria. A greve, nem pensar, pois era considerada um ato ilícito; os sindicatos não eram reconhecidos e sofriam repressão nos momentos de agitação política, como bem exemplifica a Circular nº. 346, 14 agosto 1924 que circulou nos Centros dos Industriais de Fiação e Tecelagem (Pinheiro, 1981, p. 210/211):

“ CONFIDENCIAL. Amigos e Srs., temos a honra de informar a V. Sas., confidencialmente, que a polícia, aproveitando-se dos dias anormais que atravessamos recentemente, destruiu tudo quanto se continha nas sedes das associações de classes operárias. Assim, o grêmio dos operários em indústrias têxteis, em via de organização, desapareceu, como desapareceu o grêmio dos sapateiros, que era bem organizado. Foi uma medida acertada, a nosso ver, e que nos põe a salvo de inquietações por via de futuras greves. Somos, com alta estima e apreço. Amgs. Crds. Obs., Centro dos Industriais de Fiação e Tecelagem. Gerente”.

Percebe-se que, durante a revolução de 1924, forças rebeldes do Exército e da Força Pública tomam a cidade de São Paulo, durante o período de 5 a 27 de julho. O estado de sítio, concedido por sessenta dias, a partir da data da eclosão da revolta, serve como pretexto para investida policial contra as associações operárias.

Na República Velha, as primeiras organizações de trabalhadores sofreram forte influência anarquista e caracterizavam-se pelo mutualismo. Lembramos aqui, que os operários eram geralmente imigrantes e possuíam uma certa consciência de classe e experiência em movimentos reivindicatórios e contatos com idéias anarquistas e socialistas.

As primeiras associações de operários eram, portanto, de ajuda mútua, mantidas com baixas contribuições individuais, visando à criação de fundos para doenças, enterros, manutenção de escolas e aposentadorias.

No final do século XIX surgiram as “Ligas Operárias”, precursoras dos sindicatos. Essas ligas funcionavam como assistenciais e visavam organizar o proletariado no confronto com a classe patronal.

Em 1890, foi fundado o Partido Operário (PO) e, em 1902, formou-se o Partido Socialista Brasileiro (PSB) tendo o jornal "Avanti" como seu porta voz. A seguir, o Brasil foi convulsionado por greves que exigiam a jornada de oito horas de trabalho. Em 1903, foi reconhecido o sindicato rural e, em 1907, o sindicato urbano.

O movimento comunista foi, sem dúvida, a maior influência para a construção da união dos trabalhadores e, posteriormente, para a criação dos sindicatos brasileiros. Boris Koval (1982, p.138) relata sobre a grande revolução socialista ocorrida em outubro de 1917 na antiga União Soviética:

“Outubro exerceu também uma enorme influência na América Latina. Disto, um dos resultados mais importantes foi não somente a intensificação do movimento antiimperialista, mas a rápida aceleração do processo político de formação do proletariado como classe e o surgimento de sua forma mais elevada de luta – o movimento comunista”.

Não muito diferente da nossa realidade atual, em 1917, as maiores empresas pertenciam ao capital estrangeiro, as quais não tinham nenhum interesse de regular qualquer tipo de direito a favor dos trabalhadores. Por conseguinte, os sindicatos e parte minoritária dos trabalhadores viram, no movimento comunista, uma forma para combater o antiimperialismo.

Em julho de 1917, houve uma greve geral não só na capital paulista, bem como nas cidades industrializadas do interior do Estado de São Paulo. Em dezembro de 1917 o governo publicou o decreto nº 1596, que regulamentou pela primeira vez o trabalho feminino e infantil. Assim, esse momento demonstrou a grande força dos trabalhadores. Boris Koval (1982, p. 145) salienta que:

“A greve geral de 1917 demonstrou, com evidência, a força e coesão do proletariado, indicando que no país se criava uma nova correlação de forças sociais e que o proletariado entrava na arena política. O processo de autodeterminação de classe do proletariado brasileiro adquiriu então uma configuração política bastante precisa. Nisto desempenhou um importante papel a influência ideológica e transformadora da Grande Revolução Socialista de outubro”.

Entre 1930 e 1945, o processo de urbanização acelerou em função das transformações econômicas do país. A principal medida tomada pela Revolução de 1930 foi a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por Getúlio Vargas, entregue a um membro da oligarquia gaúcha, Lindolfo Collor. A intenção era apresentar as novas leis trabalhistas como “doação” do governo, afastar os comunistas das classes trabalhadoras e incentivar os sindicalistas amarelos.

Os sindicatos amarelos, expressão usada na França e EUA, são formados ou financiados pelos empresários para fazer frente aos verdadeiros sindicatos e rivalizam-se com eles na ação sindical.

A lei dos 2/3 publicada em 1930 por Vargas tornava obrigatória a presença de dois terços de trabalhadores brasileiros no quadro de funcionários das empresas. Aumentava a

oferta de trabalho para os da terra, e, diminuindo o número de estrangeiros no proletariado, enfraquecia-se a capacidade da luta de classe.

Todavia, as criações dos direitos trabalhistas na era Vargas foram fundamentais ao trabalhador brasileiro, pois contribuíram para a expansão e ao acesso aos respectivos direitos.

Segundo Ângela de Castro Gomes:

Essa condição foi facilitada pela instituição da Carteira de Trabalho, de 1932, que permitiu ao ministério maior controle sobre a população trabalhadora. Foi também nesse mesmo ano que o governo reconheceu as profissões que poderiam legalmente existir, o que permitia aos trabalhadores ter acesso às leis e recorrer aos órgãos da justiça do trabalho existentes. É importante também assinalar que, entre 1932 e 1937, sobretudo durante a gestão do ministro Salgado Filho (1932-1934), são sancionadas numerosas leis."(2002, p. 27)

Em março de 1931, o governo passou a controlar a classe operária através da Lei da Sindicalização, elaborando normas para agrupar os trabalhadores, expedindo os decretos nº 19.770 de 1931 e nº 24.694 de 1934. O governo de Getúlio Vargas, considerado como “pai” da legislação trabalhista no Brasil, promulgou várias leis trabalhistas para tentar conter as manifestações trabalhistas, mas, na prática, nada mudava, só surtiam um efeito psicológico.

Um momento histórico de grande relevância foi a criação da Justiça do Trabalho através da Constituição de 1934, mas foi criada como parte do poder Executivo e não do Judiciário. Ângela de Castro Gomes disserta ainda que, "em 01º de maio de 1941, começou a funcionar em todo o país a Justiça do Trabalho que, mesmo prevista pela Carta de 1934, ainda não existia de fato" (2002, p. 37).

Posteriormente, o presidente de honra da aliança Nacional Libertadora, Luis Carlos Prestes, publicou, em 05 de julho de 1935, um programa, formulando três tarefas fundamentais da etapa dada do movimento revolucionário da época: “1) libertação do imperialismo estrangeiro, inglês e norte americano; 2) destruição das sobrevivências pré-capitalistas e a limpeza do caminho para o desenvolvimento livre e harmônico da economia nacional; 3) conquista da verdade democracia para o povo” (Koval, 1982, p. 291), com intuito de propagar as idéias socialistas.

Dessa forma, houve o golpe de 1937 que dissolveu o congresso e publicou a Constituição, segundo a qual o Brasil era declarado “Estado Novo”. A Constituição de 1937 foi restritiva considerando a greve recurso nocivo e anti-social, conforme dizia o artigo 139 da Constituição: “As greves e lockouts são ações declaradas anti-sociais, perigosas tanto para os trabalhadores, quanto para o capital e por isso são inconciliáveis com os altos interesses da produção nacional”.

O decreto-lei 1.402 de 1939, com cinqüenta e cinco artigos, disciplinou as associações, os sindicatos e a sua dinâmica, normas que foram incorporadas pela Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, de feição corporativista do modelo italiano de sindicalismo público. Para professora Ângela de Castro Gomes,

"A CLT, como se tornou conhecida, reunia e sistematizava toda a legislação até então elaborada no campo do Direito do Trabalho, passando a ser nomeada como a bíblia do trabalhador". Como tal ela devia ser lida, conhecida e reclamada pelos trabalhadores e, para tanto, segundo o próprio Vargas, o governo iria se empenhar, Num certo sentido, pode-se dizer que o fez, embora seja sempre muito difícil considerar o real alcance desse empenho. Isto porque durante o Estado Novo, mesmo após 1942/1943, quando o regime se esforçou para implementar seu modelo de organização sindical corporativa, a repressão aos trabalhadores não cessou." (2002, p. 39)

Vale ressaltar um outro momento histórico importante para os trabalhadores que foi a criação da Lei do salário mínimo em 1940, calculado em termos regionais baseado no custo dos elementos mínimos necessários à sobrevivência do trabalhador. Todavia, os cálculos dos reajustes anuais, anunciados pelo governo no dia 1º de maio, ficavam sempre aquém do aumento do custo de vida, passando a ser um dos problemas permanentes da economia brasileira.

A Constituição de 1946 restabeleceu o direito de greve, suporte das convenções coletivas, mas cujos abusos o Código Penal de 1940 puniu como crime; assim o Decreto-Lei nº 9070 de 1946 o disciplinou e a lei nº 4330 de 1964 o transformou em procedimento formal. No período entre 1964 e 1967, visando manter o arrocho salarial dos trabalhadores, parte essencial da política econômica, foi decretada a proibição das greves e realizadas intervenções em 425 sindicatos.

Segundo Campos (1983, p. 238), no governo Figueiredo, em 1979:

“uma greve dos metalúrgicos do ABC paralisou 180 mil operários e só terminou por intervenção do governo nos sindicatos. Em 1981, na mesma região, 330 mil operários paravam por 41 dias. As duas greves ultrapassaram a ação sindical, transformando-se em uma ação política renovada, sob o comando de Lula”.

Em 1985, foi revogada a portaria do Ministério do Trabalho que proibia a formação dos sindicatos, concebendo três centrais sindicais, que são: CGT (Central Geral dos Trabalhadores), a CUT (Central Única dos Trabalhadores) e a USI (União Sindical Independente). Posteriormente, através dessas, surgiram a FS (Força Sindical) e a nova CGT (Confederação Geral dos Trabalhadores).

Assim, a proteção aos trabalhadores foi inserida no contexto histórico, devendo destacar a conquista da Consolidação das Leis Trabalhistas e a criação da Justiça especializada.

1.3. Fase Constitucional: 1988

O Brasil sempre manteve uma tradição em suas Constituições que desde 1934 incluíam normas sobre Direito Sindical. As Convenções Coletivas de trabalho foram reconhecidas e, assim, permaneceram desde o início de sua Constitucionalização até hoje, sendo que a Constituição de 1988 deu autonomia aos sindicatos.

O sindicato brasileiro foi amparado pela Constituição Federal de 1988 em vários aspectos. Todavia, para sintetizar todos esses aspectos podemos traçar alguns princípios que a Carta Magna trouxe em seu texto, como por exemplo:

- O princípio da liberdade sindical e do direito de organização sindical;
- a manutenção do sistema confederativo com os sindicatos, federações e confederações, sem menção às centrais sindicais;
- a unicidade sindical;
- a livre administração dos sindicatos;
- a liberdade individual de filiação e de desfiliação em sindicato;
- a direito de representação dos trabalhadores nas empresas a partir de certo número de empregados por empresas;

As transformações operadas no plano constitucional criaram condições para o desenvolvimento, mas não a plena realização do princípio da liberdade sindical, como bem destaca o entendimento da jurista Thereza Christina Nahas, no seguinte sentido,

"Dessa forma, dentro de nosso princípio de liberdade sindical, quem, afinal, escolherá a categoria que irá representar seus membros é o próprio empregador, sistema eminentemente paternalista em relação às empresas. Isso é muito comum na prática trabalhista em que a empresa possui diversas atividades preponderantes e acaba por escolher qual será efetivamente sua categoria, devendo seus empregados subordinarem-se a sua decisão. Portanto, a adoção do princípio da liberdade sindical em nosso sistema é muito restrita, e não atende de forma satisfatória as orientações da Organização Internacional do Trabalho, de sorte que temos garantido autonomia e representação sindicais e sindicalização livre, mas a unicidade prejudica o adequado cumprimento da liberdade sindical." (2001, p.60)

Assim, ao lado de significativos avanços, foram mantidos mecanismos incompatíveis com os propósitos maiores da garantia de um sistema fundado na autonomia privada coletiva e capaz de permitir o pleno desenvolvimento da ação sindical.

Além disso, os direitos trabalhistas foram inseridos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, senão vejamos: relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária e indenização compensatória; seguro-desemprego; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo garantido, inclusive quando se tratar de remuneração variável; piso salarial; salário irredutível, preservado contra retenção dolosa; décimo terceiro salário; acréscimo pelo trabalho noturno; participação nos lucros ou resultados; salário-família; jornada de 44 horas semanais e de seis horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento; repouso semanal remunerado; férias anuais; licença-paternidade e à gestante; proteção ao mercado de trabalho da mulher; aviso prévio; redução dos riscos inerentes ao trabalho, com proteção à saúde, higiene e segurança, além de acréscimo remuneratório pelo serviço penoso, insalubre ou perigoso; aposentadoria; assistência gratuita aos filhos e dependentes em creches e pré-escolas; reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho; proteção em face da

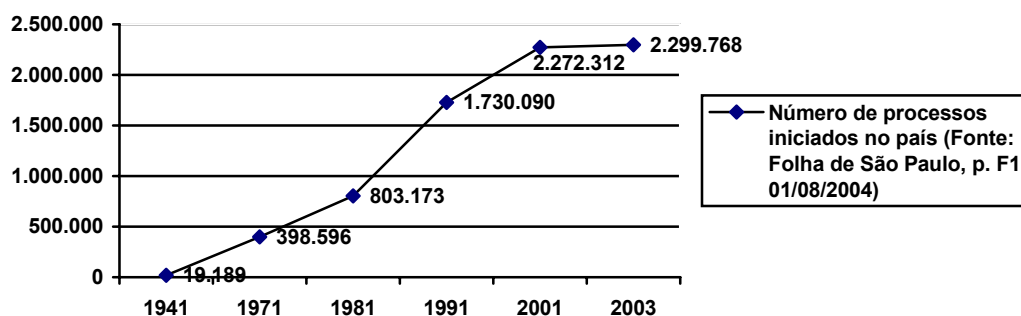
automação; seguro contra acidentes do trabalho e indenização civil quando resultante de culpa ou dolo do empregador; prescrição quinquenal até o limite de dois anos após a extinção do contrato; proibição de discriminação, inclusive contra deficientes físicos e também em relação à natureza do trabalho, manual, técnico e intelectual; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores, e de qualquer trabalho, exceto em forma de aprendizagem ao menor de 16 anos; igualdade de direitos para o trabalhador avulso.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 foi logo flexibilizando alguns destes direitos conquistados como, por exemplo, no inciso VI que proclama a irredutibilidade da contraprestação e logo emenda: “Salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

A carta magna é um importante instrumento para o direito do trabalho, mas a finalidade dada a ela, ou seja, a proteção ao trabalhador, conquistada por esses longos anos, está se deparando com a flexibilização decorrente da globalização.

Nas décadas de sessenta e setenta, os trabalhadores conseguiram expandir as suas reivindicações e nos anos oitenta houve a descentralização da Justiça do Trabalho para o interior do Brasil, pois elas se concentravam somente nas grandes cidades. Com a descentralização da Justiça, houve um aumento de processos, proporcionando aos empregados o acesso à Justiça, conforme demonstra o gráfico abaixo:

Quadro 01



Em 2002, após décadas de espera, a classe trabalhadora teoricamente chegou ao poder representado pelo governo Lula, mas, na prática, somente os líderes sindicais empossados nos cargos públicos distribuídos pela cúpula do Partido dos Trabalhadores degusta o gosto do poder, enquanto os milhares de trabalhadores brasileiros são iludidos pela política neoliberal, esperando um milagre para conter o desemprego e a flexibilização das normas trabalhistas. Para BOITO, no atual governo de Lula existe a associação de lideranças sindicalistas por meio de clientelismo¹, bem como procuram acomodação dentro do modelo neoliberal. Essa acomodação é a síntese do governo Lula.

"A situação brasileira atual não reproduz fielmente a situação designada pelo conceito de classe detentora - não estamos falando do conjunto da classe operária e os sindicalistas da Articulação Sindical estão muito longe de monopolizar os principais cargos do Executivo Federal. Porém, mesmo nessa versão limitada, a detenção de altos cargos no executivo federal pelos sindicalistas produz efeitos políticos e ideológicos importantes. A formação do governo Lula é vista, por esses trabalhadores, como uma situação inteiramente nova. Com esse governo, esses sindicalistas imaginam ter chegado ao poder ou, pelo menos, estar participando dele, e esperam do presidente sindicalista, não uma ruptura com o modelo capitalista neoliberal, mas um neoliberalismo com crescimento econômico e expansão do emprego. Essa camada de trabalhadores tem aceitado parte do privatismo neoliberal e acredita que pode utilizar seu poder de organização e de pressão sindical para converter alguns aspectos do neoliberalismo em instrumentos de defesa e de melhoria de suas condições de vida. Mas isso é uma ilusão, porque o modelo neoliberal só vai acentuar o desemprego e piorar as condições de vida da maioria dos trabalhadores." (BOITO, p. 6, 2004)

Nesses breves fatos históricos, percebe-se que a classe trabalhadora lutou muito pelos seus direitos, travando verdadeiras batalhas no campo político, econômico e sociológico.

Vários regimes políticos se passaram, novos sistemas econômicos apareceram, tudo pela busca do poder e do acúmulo do capital, não muito diferente da realidade em que estamos inseridos.

¹ MARTINS disserta sobre o clientelismo: "as indicações sugerem que o clientelismo político sempre foi e é, antes de tudo, preferencialmente uma relação de troca de favores políticos por benefícios econômicos, não importa a escala.(1994, p.29).

O novo sistema econômico implantado atualmente é uma nova estratégia de exploração do trabalho e supervalorização dos ganhos empresariais ou, ao menos, uma tentativa de manter, em tempos de extrema competitividade capitalista, esses ganhos em patamares que permitam a reprodução do capital.

No Brasil, direito do trabalho e o direito social são direitos recentes, conquistados no século passado. Dessa forma, com o atraso na regulamentação das leis trabalhistas, o país não só conseguiu amparar efetivamente o trabalhador, mas também não alcançou a todos. Essa demora, conseqüentemente, influirá numa eficiente democratização social, principalmente com a chegada da globalização.

Atualmente, são inevitáveis as mudanças na área do direito do trabalho em face à globalização, no entanto, deve-se estabelecer uma balança de valores entre a garantia digna do trabalhador e a necessidade de acumulação (produção) e da eqüidade (reprodução da riqueza e pacificação), de maneira a conjugar, subordinar e coordenar o Estado neoliberal aos princípios e valores do Estado social democrático, aplicando o princípio protetor como um norteador nas relações de emprego.

CAPÍTULO 3º. O princípio protetor do trabalhador

3.1. Noções Gerais

A evolução da história nos mostrou que os trabalhadores brasileiros percorreram uma longa trajetória para conquistar os seus direitos individuais e coletivos, inclusive inúmeras páginas dessa história foram escritas com sangue. O resultado dessa conquista foi a compilação de várias normas estatais e convenções sociais, pactuando uma trégua entre a luta do capital e do trabalho. No palco desse pacto se destaca um princípio como fonte de direito do trabalho, o princípio da proteção, também conhecido por outras denominações, ou seja, RUSSOMANO (1995, p. 37) fala em princípio de proteção tutelar; para SÜSSEKIND (1991, p. 128) alude ao princípio da proteção do trabalho.

Todavia, antes de abordar o tema da proteção do empregado, é necessário assinalar que a abordagem do tema proposto se encontra no ordenamento jurídico, centralizado na utilização do princípio norteador do direito do trabalho. Para interpretar o princípio, deve-se buscar o valor-fonte em que ele está fundamentado.

Atualmente, os princípios deixaram de ser interpretados só como meios de preencher as lacunas da lei, pois são considerados como normas fundamentais do ordenamento jurídico. Para Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p. 545/546),

"Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a

intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

A terminologia "princípios" na filosofia, conforme AURELIO (1988, p. 529), são "proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado". Para DE PLÁCIDO E SILVA (1987, p. 447),

"princípio é derivado do latim principium (origem, começo). Já no sentido jurídico, princípios quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa".

A noção da terminologia "princípios" para Miguel Reale (1987, p. 299),

"são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de carácter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis".

Além disso, procuramos no âmbito da norma, a diferenciação entre regras e princípios via critérios do Prof. Canotilho (1999, p.1086/1087),

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição Hierárquica no sistema das

fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin ou na idéia de direito (Larenz); regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

... conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)².

Assim, os princípios do direito do trabalho, no qual o princípio da proteção se enquadra, podem ter as mais diversas origens, advindos do campo da economia, política, sociologia, ética e principalmente do abuso do empregador nas relações laborais.

Para Canotilho (1999, p.1100) "As normas reconhecedoras de direitos económicos, sociais e culturais, densificam o princípio da socialidade que, por sua vez, concretiza o princípio democrático na sua dimensão de democracia económica, social e política".

Na economia e na política, vários autores traçaram inúmeros paralelos entre o capitalista e o trabalhador, demonstrando a desigualdade entre esses sujeitos. Só para exemplificar, KARL MARX, ainda quando jovem, no livro "Manuscritos económico-

² Canotilho (1999, p. 1090) observa também a importância dos princípios jurídicos fundamentais: "Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo".

filosóficos" aludiu algumas diferenças entre os principais personagens, ou seja, o trabalhador e o capitalista, como podemos constatar abaixo:

"A procura de homens regula necessariamente a produção de homens como de qualquer outra mercadoria. Se a oferta é muito maior que a procura, então parte dos trabalhadores cai na miséria ou na fome. Assim, a existência do trabalhador torna-se reduzida às mesmas condições que a existência de qualquer outra mercadoria.

...

Se a oferta excede a procura, um dos elementos que compõem o preço - lucro, renda de terra, salários - será pago abaixo do seu valor; uma parte da procura destes fatores será retirada do uso e o preço corrente seguirá para o preço natural. Mas onde existe uma extensa divisão do trabalho é extremamente difícil para o trabalho orientar o seu trabalho para outras aplicações, e por causa da sua subordinação ao capitalista é o primeiro a sofrer dificuldades.

...

Outro ponto desfavorável ao trabalhador: as categorias de salário dos diferentes tipos de trabalhadores variam muito mais do que os lucros nas diversas atividades em que o capital é empregado. Todas as diferenças naturais, culturais e sociais da atividade individual aparecem no trabalho e são remuneradas de modo diverso, enquanto o capital inerte mantém um rendimento invariável e é indiferente à atividade individual real." (MARX, 2004, p.66/67).

As idéias de Marx contribuíram para os avanços dos direitos sociais, propondo uma dialética na esfera social, econômica e política, contrapondo com o poder capitalista. Veja que a ideologia dele permitiu uma reflexão mais crítica em relação à exploração do trabalho humano, contribuindo para a expansão da proteção aos direitos dos trabalhadores.

O filósofo Hilton Japiassú (1996, p. 70/71) define a dialética desenvolvida por Marx:

"Dialética (lat. Dialectia, do gr. Dialektike: discussão) ... Marx faz da dialética um método. Insiste na necessidade de considerarmos a realidade socioeconômica de determinada época como um todo articulado, atravessado por contradições específicas, entre as quais a da luta de classes. A partir dele, mas graças sobretudo à contribuição de Engels, a dialética se converte no método do materialismo e no processo do movimento histórico que considera a Natureza: a) como um todo coerente em que os fenômenos se condicionam reciprocamente; b) como um estado de mudança e de movimento; c) como o lugar onde o processo de crescimento das mudanças quantitativas gera, por acumulação e por saltos, mudanças de ordem qualitativas; d) como sede das contradições internas, seus fenômenos tendo

um lado positivo e o outro negativo, um passado e um futuro, o que provoca a luta das tendências contrárias que gera o progresso (Marx-Engels)".

A veiculação da ideologia é aprovada por um determinado grupo social, pode exteriorizar, por exemplo, em pactos sociais, leis e princípios. Esse último exterioriza-se em uma pluralidade de funções. Em síntese, podemos apontar três funções essenciais dos princípios, que são: função informadora, função normativa e função interpretativa.

A função informadora, como ensina o iminente Américo Plá Rodriguez (fls. 43/44), "inspira o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico. A normativa atua como fonte supletiva, no caso de ausência de lei. São meios de integração de direito. E, a interpretativa opera como critério orientador do juiz ou do intérprete".

Todavia, os princípios do direito do trabalho não estão restritos às funções acima mencionadas, pois complementam com outras funções, como podemos citar adiante a função de filtrar, função de recriar normas obsoletas e a função de organizar. A primeira, "Serve para depurar as noções que, provenientes do direito comum, deve ser adaptada às peculiaridades da matéria". A segunda fundamenta que "o direito do trabalho é um ramo em permanente movimento e evolução, razão pela qual, se o legislador não acompanha o mesmo ritmo, as normas podem facilmente envelhecer. Os princípios o atualizam e rejuvenescem". A última função "tem o caráter de introduzir ordem, estrutura e pontos de referências, diante da enorme variedade e quantidade de normas trabalhistas" (AMÉRICO PLÁ RODRIGES, fls. 44/45).

Posto isso, os princípios consagram-se em um elemento fundamental no sistema legal brasileiro, haja vista que a generalidade desses permite que o sistema acompanhe a evolução social e possa-se adaptar às mudanças sem perder sua identidade.

3.2. Conceito do princípio protetor do trabalhador

A conquista dos direitos sociais como garantias fundamentais foi idealizada no contexto político e econômico na primeira revolução industrial e a consolidação desses direitos foi reconhecida no século XX. Norberto Bobbio (1992, p. 77) salienta no seguinte sentido:

“Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental; do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entram em cena os movimentos operários, o direito ao trabalho tivesse sido elevado a direito fundamental.”.

Podemos constatar que, no século XVIII, apareceram os direitos civis (propriedade, liberdade individual, garantias pessoais); já no século XIX, houve a expansão dos direitos políticos (democracia representativa, partidos, sufrágio universal) e, por fim, no século XX, surgiram os direitos sociais e coletivos. Dessa forma, ficou evidente que os direitos sociais e coletivos foram tutelados posteriormente aos direitos civis e políticos, tendo em vista que a aristocracia do século XVIII ao século XX não tinha interesse de garantir os direitos sociais, principalmente ao trabalho humano, pois o trabalho alienado³ dos servos e dos operários eram os propulsores das suas indústrias e propriedades. Nota-se, ainda, que a aristocracia dominava a organização social e política, manipulando os interesses inerentes à concepção liberal.

No pensamento liberal de Rousseau, na sua obra o "Contrato Social", foi recordada a terminologia da igualdade e liberdade, princípios ligados diretamente ao princípio da dignidade

³ Naves, Márcio Bilharinho (2000, p. 25) descreve sobre o trabalho alienado segundo Marx: “A alienação do trabalho consiste, portanto, em que o produto do trabalho, os objetos produzidos pelo trabalhador, não lhe pertencem, aparecendo-lhe como algo estranho, como um poder independente dele e que o domina. Quanto mais o trabalhador produz, mais vê-se privado dos objetos necessários à sua subsistência e, na medida em que menos objetos ele possui, mais ele cai sob o domínio dos produtos que são criados por ele, isto é, sob o domínio do capital”.

da pessoa humana, mas o princípio da igualdade foi normatizado posteriormente, somente no aspecto formal, na ideologia do Estado liberal clássico.

Com o aparecimento das reivindicações dos operários e com o fortalecimento no campo ideológico, apareceram as primeiras proteções aos empregados, proporcionando uma igualdade mais justa entre os atores da relação laboral. Sabe-se que, no direito do trabalho, o empregado é parte inferior no contrato laboral, sendo, por outro lado, o empregador a parte superior, pois é o detentor do capital, não podendo assim, tratar a igualdade de uma maneira formal, por isso, nesse ramo do direito, existe o princípio protetor do empregado, não só para pacificar o desequilíbrio e a desigualdade do contrato de trabalho, bem como pacificar os conflitos sociais.

O jurista argentino Alfredo J. Ruprecht salienta que "esse princípio tem por objeto criar uma norma mais favorável ao trabalhador, procurando assim compensar as desigualdades econômicas e sua fraqueza diante do empregador" (1995, p. 9).

Para Arnaldo Sússekind,

"o princípio da proteção do trabalho resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a instituições básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal" (1991, fls. 128).

O uruguaio Américo de Plá Rodriguez, um dos mais importantes estudiosos da matéria, aduz que "o princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o

direito do trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador." (fls. 83)

O princípio da proteção para Mauricio Godinho Delgado significa:

"que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas normas, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro - visando a retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho." (2001, p.40)

Já o estudioso Luiz de Pinho Pedreira da Silva define o princípio de proteção "como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores" (1999, p. 29).

Os juristas brasileiros José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho definem o princípio da proteção como "Diante da real inferioridade econômica e hierárquica do trabalhador, na relação individual de emprego, o Direito deve dotá-lo de uma tutela que o torne juridicamente privilegiado diante do empregador."(2000, p. 417)

As definições citadas acima demonstram que o princípio da proteção é o princípio basilar, a raiz, a viga mestre, o núcleo do direito do trabalho, sendo que o fundamento da proteção está ligado diretamente com a sua própria existência, pois sem ela não haveria razão de ter uma ciência própria, consolidando normas, doutrinas e jurisprudências próprias. Pergunta-se, então, o direito do trabalho está em xeque? O direito do trabalho surgiu paulatinamente para dar a devida dignidade ao empregado.

3.3. Sujeitos

No princípio da proteção podemos citar, basicamente, dois sujeitos: o empregado e empregador. O empregado, conforme a CLT, no seu artigo 3º, é "toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

A CLT, no artigo 2º, "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços." Importante salientar, que empresa e empregador são palavras sinônimas. Além disso, as empresas podem ser nacionais, estrangeiras ou multinacionais; públicas ou privadas; com fins lucrativos ou sem fins lucrativos etc.

Na sua concepção, o direito do trabalho protegia os empregados menos favorecidos, principalmente aqueles, urbanos, que trabalhavam nas indústrias. Posteriormente, com a evolução da sociedade, o direito do trabalho alcançou outros empregados mais qualificados, como por exemplo, o economista-empregado, administrador-empregado, engenheiro-empregado etc. Atualmente, a legislação brasileira ampara todos os empregados, bastando que esses se enquadrem no artigo 3º da CLT.

Ressalta que a terminologia "trabalhador" não significa, necessariamente, "empregado", haja vista as alterações dadas no art. 114 da Constituição Federal. Assim, o princípio da proteção só acolhe o empregado descrito na CLT.

Além disso, os sindicatos também são amparados pelo princípio da proteção nas esferas da legislação constitucionais e infra-constitucionais, haja vista que o sindicato tem a finalidade de proteger os seus entes individuais e da sua própria classe.

3.4. Fundamentos

O direito do trabalho busca a equidade fática na relação laboral, pois da liberdade de negociação entre os contratantes desiguais economicamente podem surgir inúmeras formas de exploração. A posição de superioridade hierárquica do empregador sob o empregado subordinado ativa o fundamento da proteção da parte mais vulnerável do contrato, sendo esse singular e distintivo dos demais contratos. O jurista argentino RUPRECHT (1995, p. 10) fundamenta que:

“o trabalhador depende do empregador, não em tudo que diz respeito à tarefa que executa, mas também economicamente; portanto, é justo, para evitar que se torne totalmente submisso, protegê-lo contra os possíveis excessos ou desvios de seu empregador. Já passou o tempo em que o trabalho era uma mercadoria e o trabalhador uma ferramenta a mais. Sua dignidade como ser humano lhe deve ser amplamente reconhecida e uma das formas efetivas de o fazer é criando desigualdades em seu favor, para compensar as que influem contra ele, que dizer, protegendo-o contra o possível abuso patronal”.

Dessa forma, a concepção da dignidade humana deve se aplicar em todos os sentidos ao trabalhador, assegurando lhe um mínimo sustentável.

3.5. Formas de aplicação

Atualmente, existem diversas formulações teóricas acerca das formas de aplicação do princípio protetor. Todavia, destacamos a referência teórica do uruguaio Américo Plá

Rodriguez, aduz que o princípio da proteção se expressa sob três formas distintas, ou seja, regra *in dubio, pro operário*; a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica.

3.5.1. A regra *in dubio, pro operário*

O conceito dessa regra se exterioriza quando, no caso de dúvida nas diversas interpretações de uma norma em que o juiz ou intérprete se depararem, deve ser aplicada à interpretação mais benéfica ao trabalhador. Para RODRIGUEZ, “é o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”. (p.107).

Todavia, essa regra deve ser aplicada com ponderação, haja vista que deve ser aplicada somente quando todas as interpretações se mostram insuficientes para dirimir o litígio contratual.

3.5.2. A regra da norma mais favorável

O direito do trabalho distingue-se dos demais ramos jurídicos nas suas inúmeras fontes. O princípio da proteção, como fonte desse direito apresenta a regra da norma mais favorável, exteriorizando a sua particularidade e a sua importância na aplicação das normas. Diante da desigualdade entre o empregado e empregador é aplicada a norma mais favorável para resolver uma situação⁴.

⁴ EMENTA: CONFLITO DE NORMAS - REGULAMENTO INTERNO x NORMA COLETIVA. Havendo conflito de normas de mesmo poder de mando, prevalecerá aquela mais favorável ao trabalhador, em razão do

Como explica Amauri Mascaro Nascimento (1995, p. 179),

"Havendo duas ou mais normas jurídicas trabalhistas sobre a mesma matéria, será hierarquicamente superior, e portanto aplicável ao caso concreto, a que oferecer maiores vantagens ao trabalhador, dando-lhe condições, mais favoráveis, salvo no caso de leis proibitivas do Estado".

Um ponto importante deve ser destacado: a norma mais favorável não é aplicada na ordem hierárquica pré-estabelecida, pois aplica a norma mais favorável ao empregado ⁵.

Entretanto, Mauricio Godinho Delgado pondera que:

" ... o operador jurídico deve busca a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminado no máximo os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógicos e teleológicos básicos que sempre devem informar o fenômeno do direito" (2001, p. 45).

O fundamento legal do princípio na norma mais favorável na Constituição Federal do Brasil para Amauri Mascaro Nascimento (1995, p.180), se encontra no art. 7º, caput, onde preceitua os direitos fundamentais dos trabalhadores, consolidando garantias mínimas. Além disso, a lei ordinária estabelece também normas mais vantajosas do que a própria Constituição. A CLT, por sua vez, apresenta o artigo 620 que diz o seguinte: "As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo".

princípio da aplicação da norma mais favorável. TRT15ª Região. Decisão Nº 002038/2004-PATR. RECURSO ORDINÁRIO. Juiz(a): JOSÉ PITAS.

⁵ Mascaro salienta que: Ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou lei federal ou convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor (1995, p. 179).

Dessa forma, em caso de dúvida sobre a aplicação de normas legais ou convencionais prevalecerá a mais favorável ao empregado.

3.5.3. A regra da condição mais benéfica

O jurista uruguaio RODRIGUEZ (p. 131) conceitua a regra da condição mais benéfica no seguinte sentido: "A regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável".

Para o argentino RUPRECHT (1995, p. 26), "De acordo com esse princípio, os direitos que os trabalhadores adquiriram integram seu patrimônio e deles não podem ser privados por uma nova disposição, a menos que a lei disponha o contrário".

No Direito do Trabalho, o princípio ou regra da condição mais benéfica protege a situação ou condição anterior, concedida voluntariamente pela empresa, por lei, por convenção coletiva e por usos ou costumes, se for mais favorável ao trabalhador e não poderá ser alterada in pejus. Essa regra encontra-se positivada em nosso ordenamento jurídico nos artigos 468 da CLT e 7º da Constituição Federal e representa uma garantia ad personam.

No âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho estabelece que:

"Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais

favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação."(OIT, artigo 19, alínea 8ª).

Ressalta-se que essa regra está ligada às outras regras, ou seja, à norma mais favorável e a regra "in dúbio pro operário". Entretanto, todas as regras se distinguem, conforme se verifica com os estudos de RUPRECHT:

"Esse princípio tem íntima correlação com o da norma mais favorável, pois dela se distingue claramente, ao supor a existência de uma norma anterior, concreta e reconhecida, que já foi aplicada e que deve ser respeitada, justamente por ser mais proveitosa. Com relação à regra in dúbio pro operário, distingue-se por ser mais geral e ter uma expressa formulação jurídico-positiva."(1995, p. 26)

Dessa forma, foram apresentados os fundamentos do princípio da proteção e estão interligados com o princípio da dignidade humana. Segundo Oris de Oliveira ⁶,

Em lógica formal distinguem-se a COMPREENSÃO (elementos ESSÊNCIAIS de uma conceito) e sua EXTENSÃO.(sujeitos aos quais se aplica o conceito). Todos os elementos essenciais do conceito de Direitos Humanos e se aplicam ao todo trabalhador empregado ou não. Frequentemente se apresenta o princípio de proteção consubstanciado somente no confronto de normas :-a) duvidosa (*in dúbio pro operário*); b) de normas mais ou menos favoráveis; c) condição mais favorável. Visão insuficiente. Ele se estende à feitura da lei, à sua interpretação e à sua aplicação. Assim como o Código de Defesa do Consumidor, as normas que protegem o trabalho de emprego, ou não, são Código de Defesa do Trabalhador. Hoje o princípio de proteção não se deve restringir à relação de emprego, mas a todas as relações em que há necessidade de fixar normas que levem em consideração uma situação jurídica desigual.

O princípio protetor, como fonte de direito deve ser levado em conta, não somente nas lides trabalhistas, mas sim na elaboração das leis, convenções, acordos sindicais, pois tutela o bem mais valioso do ser humano, a vida com dignidade.

⁶ O doutor Oris de Oliveira, gentilmente, concedeu uma entrevista, respondendo algumas perguntas acerca do tema proposto em questão, **ANEXO I**.

CAPÍTULO 4º. O princípio da proteção ao trabalhador brasileiro e a Globalização

4.1. Origem da Globalização

A origem da globalização não é um ponto pacífico entre os estudiosos, pois depende de que ângulo é visto e quem investiga esse objeto. A globalização não tem uma data ou uma época determinada, ao contrário de uma lei que tem data, mês e ano, no qual o agente do direito está acostumado a fazer as suas interpretações.

O sociólogo Octávio Ianni (1997, p.16) salienta que: "O globalismo não nasce pronto, acabado, e muito menos presente, visível e evidente. Revela-se aos poucos, seja à observação, seja ao pensamento". A globalização decorre de vários fatores culturais, sociais, políticos e econômicos encontrados num determinado local ou em múltiplos locais.

Paulo Edgar Almeida Resende⁷ descreve uma passagem curiosa acerca da primeira globalização que considera perversa:

"Políbio, cooptado pela corte romana, em sua história universal, no segundo século a. C., referindo-se à Pax Romana, escrevia: "*Anteriormente, as coisas que aconteciam no mundo não tinham nenhuma conexão entre si ... Porém, a partir de agora, todos os eventos estão unidos em feixe comum*". O Cristão Orígenes, no século III d.C, fez a crítica a esta primeira versão do que podemos chamar de globalização perversa em seu livro Contra Celso. O filósofo Celso, em o Discurso verdadeiro, escrito no século anterior, conclamara cristãos descontentes com a Pax Romana a se absterem de participar em atos dessa vida social, a abandonarem a capital do império: Roma, ame-a ou deixe-a Orígenes escreveu o Contra Celso um século após, reafirmando o amor cristão a Roma, mas não à Pax Romana, pois os cristãos

⁷ Para esse autor, existe algumas versões referente a globalização. A primeira versão da globalização perversa para ele é a Pax Romana, do que já retratamos. A segunda, aconteceu no século XVI, com os impérios coloniais e a terceira foi a do imperialismo de base nacional da primeira metade do século XX à mundialização integral.

estavam a exigir outro sistema de pátria, que não aquele que se baseava na escravidão e na incorporação de outros povos." (1999, p. 237/238).

Alguns autores entendem que o marco das origens da globalização decorreu na passagem do século XV para o XVI, como acredita o francês Serge Gruzinski, na sua obra "A passagem do século: 1480-1520 - As origens da globalização". Segundo Gruzinski:

"A globalização que se esboça entre o fim do século XV e o início do século XVI corresponde a um fenómeno no global de desencravamento, como bem demonstrou Pierre Chaunu quando propôs uma problemática nova e objetiva da comunicação." (1999, p.97) ... "Esse desencravamento" do mundo é contemporâneo a uma revolução mental e científica cuja paternidade cabe aos portugueses, mas da qual bem depressa os castelhanos participam. Graças a eles e a seus predecessores judeus e árabes, a globalização também inventa uma língua única, a dos algarismos e do cálculo astronômico".(1999, p. 98) ... "As expedições Ibéricas inauguram de outra forma o processo de globalização: aceleram e intensificam os contatos com as populações distantes." (1999, p.100).

Todavia, a tese mais aceita acerca da origem da globalização está centrada nas três revoluções industriais. Na primeira Revolução Industrial, surgiu a máquina que deu uma outra forma de transformação dos recursos naturais, aumentando a produção e a distribuição dos produtos, modificando o fator econômico da época, pois era tudo produzido artesanalmente, nos séculos XVII e XVIII. A revolução industrial foi um processo de transformações que transferiu a supremacia econômica do capital comercial para o industrial no velho continente, principalmente na Inglaterra. Além disso, os trabalhadores, em parte, saíram do setor primário (agrícola) para o setor secundário (indústria).

A indústria, por sua vez, intensificou a separação entre trabalhadores e os meios de produção, pois somente aqueles que possuíam muito dinheiro é que podiam ser proprietários dos meios de produção (teares, máquinas, prédios). Os proprietários eram denominados de capitalistas que, para captar em mais dinheiro (acúmulo de capital) e para fazer funcionar suas

máquinas, precisavam de mão-de-obra. Os artesãos pobres, que não tinham condições de se manterem trabalhando em suas oficinas ou camponeses, acabavam vendendo sua força de trabalho aos capitalistas.

Dessa forma, a revolução industrial veio separar o trabalhador do produto de seu trabalho, pois a quantidade e qualidade dos produtos acabados não mais dependiam de sua capacidade, mas sim da máquina utilizada.

No decorrer do século XVII, a Inglaterra estabeleceu postos avançados em territórios asiático, africano e americano. Com isso, permitiu a constituição de um mercado de escravos, a exploração de fontes produtoras de matérias primas e a criação de um mercado consumidor para as manufaturas inglesas.

Na primeira Revolução Industrial, aconteceu a mecanização do tear, modernizando o setor têxtil do algodão e se estendeu para outros setores, chegando a atingir a metalurgia, as minas de carvão, os transportes e a própria agricultura. Além disso, a teoria econômica se desenvolveu com o pensamento dos economistas liberais, os quais sustentavam que o Estado não intervisse na economia, limitando-se a cuidar da segurança e da justiça, seu papel fundamental. Não foi por acaso que a Inglaterra forneceu a ideologia para os movimentos de emancipação da América Latina, pois tinha o interesse em ocupar, sem restrições, o mercado econômico desses países.

As necessidades inerentes à expansão de mercados propiciavam estímulos a uma transformação tecnológica que tinha três funções essenciais: A primeira, a máquina, que era a

força motriz que desempenhava as mesmas tarefas movidas pela mão do homem. A segunda, aumentar a produção. E, a terceira, almejar o lucro da atividade capitalista industrial.

O motor a vapor surgiu com James Watt, que possibilitou o desenvolvimento da exploração da atividade industrial. Além disso, os avanços tecnológicos deram a oportunidade ao escoamento da produção com a criação da navegação a vapor e a locomotiva.

Na segunda Revolução Industrial, foi introduzida a produção industrial em série (fordismo), de 1900 até os anos de 1950/1960. Diante do avanço da mecanização industrial, vários trabalhadores saíram do setor primário (Agrícola) e do setor secundário (indústria) para trabalhar no setor terciário (serviços). A invenção da eletricidade e, por consequência a sua utilidade na indústria, impulsionou a produção.

Hoje, nos deparamos com um regime econômico ágil e complexo, confundindo-se com a velocidade e a complexidade da internet, abrindo as portas para a Revolução Tecnológica, denominada também como a terceira Revolução Industrial. Norberto Bobbio (1992, p. 18) explica que:

“O elenco dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc”.

Diante disso, as sociedades industriais contemporâneas deparam-se com um novo processo gerador de desigualdades sociais que atende pelo nome de globalização.

4.2. Conceito de Globalização

O dicionário do Aurélio traz a seguinte definição:

"Globalização: Processo de integração entre as economias e sociedades dos vários países, esp. no que se refere à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações."(2005, p. 434)

Essa definição não retrata o verdadeiro sentido da globalização, inclusive mal sabemos se há possibilidade de limitá-lo e defini-lo, haja vista a complexidade desse fenômeno. A verdade anda conforme a realidade fática, num prazo de tempo ou época, impossível classificá-la em absoluta. A verdade é considerada como relativa. Algo é verdadeiro até prova em contrário. Assim, antes de discorrer sobre esse objeto de estudo, é necessário colocar algumas noções gerais, para melhor compreensão a que o leitor se submete.

A globalização, segundo o sociólogo e professor Octavio Ianni (1997, p. 7), significa: “um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções, envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, culturas e civilizações”.

Para o professor da Universidade de Bologna, Mario Ricciardi (2001, p. 211),

"globalização entende-se o conjunto dos processos que permitem conceber, desenvolver, produzir, distribuir e consumir produtos e serviços em escala mundial, agindo em mercados cada vez mais diversificados, mas ao mesmo tempo dominados por normas e padrões quase que universais. Tais bens e serviços são produzidos por organizações que agem em escala mundial, cujo capital pertence a uma multiplicidade de indivíduos pertencentes a diferentes nações, que perseguem verdadeiras estratégias mundiais nas quais é cada vez mais difícil identificar uma específica atribuição do tipo territorial e nacional".

O autor José Eduardo Faria já tem uma visão mais crítica acerca desse fenômeno, pois considera que a globalização é altamente seletiva, contraditória e paradoxal, considerando ainda:

"...por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional, esse fenômeno, como afirma Habermas, acaba comprometendo mortalmente a "idéia republicana de comunidade". Desenvolvida a partir da "práxis da auto-determinação coletiva", numa "dimensão ético-cultural", essa foi a idéia em torno da qual forjou-se, organizou-se e institucionalizou-se o Estado-nação - aquele que, em suas palavras, "vigia quase neuroticamente suas fronteiras". Globalização significaria, nesta linha de raciocínio, violação, quebra, transgressão e ruptura."(1999, p.52/53)

4.3. Efeitos da globalização no Direito do Trabalho

Os efeitos da globalização, que ora discorreremos, limita-se às novas formas de produção e novas formas de trabalho. Todavia, vários fatores influenciam os efeitos da globalização, como por exemplo, os fatores culturais, políticos, ideológicos, sociais e os avanços das tecnologias.

Sob esse prisma, o presente trabalho não ousa enfrentar todos os efeitos decorrentes do fenômeno, mas sim entender os principais efeitos que afetam o princípio da proteção dentro do direito do trabalho.

Importante salientar que o princípio da proteção não se confunde com todas as normas. Segundo Oris de Oliveira ⁸, "efeitos da globalização da economia podem ser

⁸ O doutor Oris de Oliveira, gentilmente, concedeu uma entrevista, respondendo algumas perguntas acerca do tema proposto em questão, **ANEXO I**.

favoráveis ou desfavoráveis ao trabalhador. Desde que não se confunda "princípio da proteção" com as todas as normas hoje postas, o princípio da proteção tem sempre seu lugar".

4.3.1. Novo sistema de produção

Os velhos processos produtivos (fordismo/toyotismo) estão sendo substituídos por outros processos produção (neofordismo, neotoyotismo), onde novos processos de trabalho emergem no cronômetro e na produção em série e de massa, constando uma substituição pela flexibilização da produção, pela especialização flexível, por novos padrões de busca de produtividade, por formas de adequação da produção à lógica do mercado, ou seja, neoliberalismo.

Nota-se, que num contexto de crescente desigualdade mundial, entre o Norte e o Sul, estranhamente, países periféricos, como Brasil, limitam-se ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial, que só atendem aos interesses dos Países Centrais, como EUA, Inglaterra, França etc.

As transformações das economias mundiais sofrem uma tendência da busca da flexibilidade perante as relações de trabalho, pois com o avanço tecnológico, a mão de obra se torna, em parte, obsoleta, além do que os períodos de crise são constantes nessa era globalizada.

Observe-se que, com o surgimento de setores de produção novos tipos de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional, as empresas procuram a

mão-de-obra especializada, terceirizada e evitam encargos trabalhistas e previdenciários, pois o vínculo direto entre o empregador e o empregado encarece o produto produzido, não conseguindo competir com outros produtos que são produzidos por esse setor terceirizado.

No Brasil, o ponto de partida do processo de reestruturação ocorreu na década de 1980 nos principais setores da economia, modificando a forma da produção e da prestação de serviços na empresas. Isso não significa que o fordismo acabou. Segundo Oris de Oliveira,

"O fordismo não passou (e ainda onde perdura) não passa de um modo de produção. As relações de trabalho (no emprego e fora dele) baseadas no fordismo (de que a CLT é uma das expressões) devem ser repensadas, repensar não significa destruir tudo. As leis são como amor:- são eternas enquanto duram. O toyotismo é um modo de produção historicamente vinculado ao momento histórico e será utilizado dentro e fora da globalização da economia"⁹

Assim sendo, independentemente do modo de produção (fordismo ou toyotismo) houve uma reestruturação e não foi influenciada por um único fator, mas sim por diversos fatores, conforme relacionamos abaixo:

4.3.1.1. A disputa pelo mercado

Na era da globalização, já não basta produzir no mercado tão acirrado, ou seja, para vender, já não basta produzir. É preciso produzir barato, para que se possa vender barato e, ao mesmo tempo, descobrir novos consumidores, dentro ou fora do país. Além disso, as empresas não centralizam as suas vendas para o mercado interno, mas sim procuram as exportações para elevar os seus lucros.

⁹ O doutor Oris de Oliveira, gentilmente, concedeu uma entrevista, respondendo algumas perguntas acerca do tema proposto em questão, **ANEXO I**

O consumidor não se tornou mais exigente, mas sim ficou vulnerável e mais pobre, conseqüentemente, mais manipulado pelo novo sistema capitalista.

Não foi por acaso que as empresas multinacionais procuraram e procuram novos mercados consumidores para explorar economicamente as suas atividades.

A concorrência se acentua, mais na base que no topo, pois enquanto as contratadas se matam para ganhar os contratos, as contratantes se unem em fusões, incorporações e oligopólios de todo tipo.

Dessa forma, a forte competição internacional, as empresas de grande porte ficam mais "enxutas" e aumentam a produtividade.

4.3.1.2 Novas formas de gestão

A indústria, principal ente fomentador de empregos, busca cada vez mais novas formas de gestões; basta verificar o declínio da verticalização fordista, que geralmente utiliza a ampliação das áreas de atuação produtiva, enquanto no toyotismo a horizontalização expande em todos os cantos do mundo.

O toyotismo procura reduzir a área de atuação produtiva e utiliza as subcontratadas ou empresas terceirizadas para explorar o seu ramo econômico, reduzindo encargos trabalhistas e previdenciários, sem contar a redução dos encargos operacionais para administrar inúmeros empregados.

A produção no modo toyotismo visa ao estoque mínimo, onde são utilizados métodos organizacionais como just in time¹⁰, Kanban¹¹, subcontratação, terceirização, flexibilização, controle de qualidade total, eliminação do desperdício, etc.

Para Ricardo Antunes, um ponto essencial do toyotismo,

"é que, para a efetiva flexibilização do aparato produtivo, é também imprescindível a flexibilização dos trabalhadores. Direitos flexíveis, de modo a dispor deste força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor. O toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado. O ponto de partida básico é um número reduzido de trabalhadores e a realização de horas extras. Isto explica por que um operário da Toyota trabalha aproximadamente 2.300 horas, em média, por ano, enquanto, na Bélgica (Ford-Genk, General motors-Anvers, Volkswagen-Forest, Renault-vilvorde e volvo-Gand), trabalha entre 1.550 e 1650 horas por ano" (2000, p. 36).

O filme "Tempos Modernos" de Charles Chaplin (Modern Times, EUA 1936), focalizou a vida de um operário na sociedade industrial caracterizada pela produção com base no sistema de linha de montagem, especialização do trabalho e desqualificado. Agora, o operário precisa ser qualificado, executor de inúmeras tarefas e integrado ao núcleo de pessoas.

O polivalente operário defronta em pleno século XXI com o intenso ritmo de trabalho gerado pelos novos sistemas ou novas formas de gestões. Essa intensidade de trabalho, as

¹⁰ O melhor aproveitamento possível do tempo de produção (incluído-se também o transporte, o controle de qualidade e o estoque), é garantido pelo just in time (Ricardo Antunes, 2000, p. 34).

¹¹ O Kanban, placas que são utilizadas para a reposição das peças, é fundamental, à medida que se inverte o processo: é do final, após a venda, que se inicia a reposição de estoques, o Kanban é a senha utilizada que alude à necessidade de reposição das peças/produtos. Daí o fato de, em sua origem, o Kanban estar associado ao modelo de funcionamento dos supermercados, que repõem os produtos, nas prateleiras, depois da venda. (Ricardo Antunes, 2000, p. 34).

grandes mudanças e a forte pressão são fatores determinantes para o esgotamento físico e psicológico.

O esgotamento físico e psicológico pode ocasionar fadiga crônica, hipertensão, câncer, problemas mentais e inclusive a morte, como acontecem nos grandes países asiáticos. Esse fenômeno é conhecido no Japão como "Karoshi" e na China como "Guolaosi".

Portanto, a reestruturação produtiva reduz emprego e pode causar inúmeras doenças pelo excesso de trabalho exigido pelas empresas.

4.3.1.3. Avanço tecnológico

4.3.1.3.1. Computador

Os engenheiros da Universidade de Pensilvânia, nos Estados Unidos, desenvolveram uma máquina para armazenar e agilizar os dados ou informações. Essa máquina era conhecida como ENIAC (Eletronic Integrator and Calculator) e foi construída em 1947.

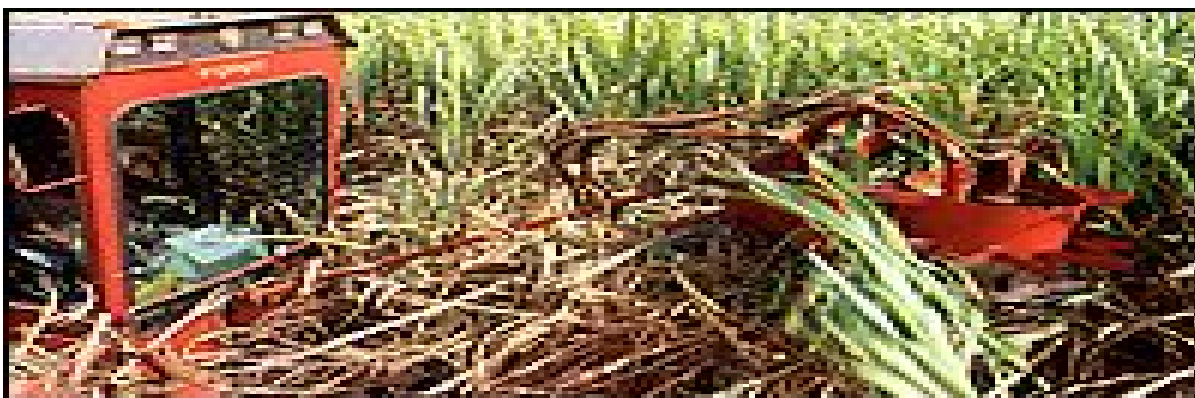
Segundo Aurélio, computador é o "aparelho ou dispositivo capaz de realizar operações lógicas e matemáticas segundo programas previamente preparados" (2005, p. 251)

O aperfeiçoamento do computador durante longas décadas possibilitou ao usuário a utilização de vários programas que facilitaria o seu modo de viver. O homem foi introduzindo, paulatinamente, o computador nas tarefas que somente o homem poderia fazer,

da mais simples até a mais complexa tarefa. Hoje em dia, já supera a marca de 24 milhões de PCs (computadores pessoais) em uso no Brasil segundo FGV-Eaes (março, 2005).

Diante desse invento, o setor produtivo acoplou e aperfeiçoou o computador à máquina tradicional, gerando mais lucros. Somente para exemplificar, uma máquina de cortar cana ¹² é programada para cortar, limpar, picar e acomodar entre 700 e 800 toneladas de cana por dia. Uma máquina faz o serviço de 100 homens. Na verdade substitui quase 250 bóias-frias. Ela corta cana crua o que atinge mais que o dobro da mão-de-obra utilizada no serviço convencional, precedido de queima da palhada. Trabalha ininterruptamente 20 horas por dia.

Ilustração 01



Máquina computadorizada para o corte de cana.

O computador tem como objetivo uma melhor quantidade, qualidade, oportunidade ou organização das informações. Assim, as vantagens geradas por essa máquina são várias para o seu titular proprietário, como por exemplo, redução de custos, maior precisão nas

¹² A revista Globo Rural estampa a realidade do avanço tecnológico no setor agrícola, senão vejamos: As máquinas que devoram cana e empregos nas usinas de Ribeirão Preto custam 250 mil dólares cada e representam inegável avanço tecnológico. Projeções feitas pelo Instituto de Economia Agrícola (IEA) indicam que no ano de 2000 a oferta de emprego rural não região de Ribeirão Preto será 55% inferior ao previsto, em consequência da mecanização no corte da cana. O impasse resume um conflito que tende a se multiplicar com a unificação dos mercados mundiais. A globalização econômica exacerba a competitividade e acelera a automação do trabalho em escala planetária. Desenha-se assim um nexos perverso onde o progresso tecnológico gera e agrava a exclusão social. Ou como prefere o economista Wilson Cano, da Unicamp, "Agora, é o crescimento que gera o crescimento do desemprego". Fonte: <http://globorural.globo.com/barra.asp?d=/especiais/bau/bau3.htm>. Acesso: 07/nov/05.

tarefas de calcular, capacidade de coletar e armazenar automaticamente dados para registros, capacidade de agregar grandes quantidades de dados úteis para o planejamento e tomadas de decisão e, principalmente, a redução da necessidade de força de trabalho no controle dos recursos e do processo.

Entretanto, todas essas vantagens decretam a morte de algumas profissões realizadas durante séculos. E, o pior os trabalhadores trocados pelos computadores são deslocados para o trabalho precário ou, então, ao desemprego, como veremos no item 4.3.4. (Emprego e Subemprego). Ainda podemos constatar que o mercado de trabalho mundial e o brasileiro não conseguem absorver na mesma velocidade as pessoas desempregadas, gerando uma grande desigualdade social.

4.3.1.3.2. Internet e e-mail

A internet é um outro instrumento importantíssimo para a realização do trabalho na era tecnológica, pois é uma rede que interliga diversas pessoas física e/ou jurídica ao mesmo tempo, com o objetivo de transmissão ou comunicação de dados disponíveis em sites¹³.

O dicionário Aurélio traz o seguinte conceito da internet:

"1. Conjunto de redes de computadores ligadas entre si. 2. Rede de computadores de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público, cujos principais serviços oferecidos são o correio eletrônico e a Web." (2005, p. 486)

¹³ Para Aurélio, site significa: "conjunto de documentos inter-relacionados, dispostos na Web em um endereço específico de acesso". (2005, p. 743).

Sabe-se que a comunicação no mundo globalizado é a matéria prima básica, tão importante quanto foi a eletricidade para indústrias na segunda fase da Revolução Industrial.

Os internautas brasileiros residenciais já são mais de 11.030.724 milhões e (Folha Online, 2005) sessenta e quatro por cento (64%) dos usuários corporativos têm acesso à internet (Folha Online, 2005). Além disso, nove milhões e setecentos mil correntistas fazem transações bancárias via internet (Folha Online, 2005) e sete bilhões e quinhentos mil foi o valor de vendas online em 2004 (Folha Online, 2005). Daí a importância da internet.

A relação de trabalho tradicional apresenta um vínculo psicológico, moral e social e, normalmente, se situa dentro da empresa. Imagine então, a exposição dessa relação na internet.

A internet também não representa uma idéia ingênua de uma rede que interliga os seus usuários, pois basta saber que o detentor ou futuros detentores da internet poderão utilizar esse instrumento conforme os seus interesses, como por exemplo, a sua utilização para fins bélicos, políticos e principalmente econômicos.

Hoje é o organismo norte-americano que administra todos os endereços de páginas eletrônicas do mundo, denominado como Iann. As inúmeras nações reclamam que não têm uma representação democrática no controle da internet e em decorrência desse fato foi realizada a Cúpula da Sociedade da Informação, na Tunísia, em novembro de 2005. Nessa Cúpula, foi criado um Fórum de Governança da Internet, cuja primeira reunião será convocada pelo secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan, que deve acontecer na Grécia, em 2006.

Em face ao direito do trabalho, a internet pode ocasionar inúmeros obstáculos jurídicos na sua má utilização, que vão desde a violação de privacidade do empregado até a violação do direito de propriedade dos computadores dos empregadores.

Os juristas do direito do trabalho, do mundo inteiro, estudam vários casos conflitantes causados pela internet, que estão longe de serem resolvidos em curto prazo. A polêmica matéria que ora estudamos deve ser vista conforme cada caso e respeitando os princípios constitucionais e princípios do direito do trabalho.

Os empregadores alegam que a utilização dos seus computadores pelos empregados é restrita ao trabalho, proibindo o uso para outra atividade. As premissas da proibição se encontram na diminuição do trabalho do empregado, que em decorrência disso, a produção será afetada e reduzida, causando incalculáveis prejuízos; os empregados colocam em risco a segurança e o normal funcionamento da empresa; aos conteúdos acessados pelos empregados, como sites de pornografia, jogos, bate-papos; dentre outros.

Além disso, a empresa invoca a proibição do uso da internet para os acessos diversos do trabalho sob o fundamento do direito da propriedade dos computadores, dos softwares, dos pagamentos realizados aos provedores que disponibilizam a internet.

As empresas, normalmente, avisam expressamente que o uso dos computadores, internet e do e-mail é de uso estritamente profissional, inclusive algumas delas, informam que as operações dos usuários são diariamente monitoradas. Mas será que esse procedimento é legal? O empregador pode monitorar o acesso à internet e do e-mail no ambiente de trabalho?

Como não há legislação no Brasil acerca da matéria, a discussão se concentra no seio doutrinário e jurisprudencial. No TST, até o momento, há só um caso julgado, favorável ao empregador. Nele, um funcionário do HSBC foi demitido por enviar e-mail com imagens pornográficas. Todavia, há recurso impetrado no STF.

No debate doutrinário, aparecem duas posições. A primeira posição é a favor do monitoramento e reconhece o direito de propriedade do empregador. O ministro do Tribunal Superior do Trabalho e professor da UnB, João Oreste Dalazen (Jornal do Advogado, OAB/SP, nº 299, outubro de 2005) reconhece o direito de propriedade do empregador sobre o computador, sobre o provedor e sobre o próprio correio eletrônico. Acerca da matéria, o ministro destaca o que segue:

"Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa frequência, abusam da utilização do email corporativo: envio a terceiros de fotos pornográficas ou divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes, o empregado, em terminal da empresa, vale-se da internet para baixar músicas e filmes. Enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregados para tratar de assuntos não relacionados ao trabalho."

Dessa forma, a 01ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que é válida a prova exibida em juízo pelo empregador consistente em rastrear o e-mail corporativo e seu provedor de acesso à internet visando apurar de quem era a responsabilidade pela divulgação de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas de informática.

O e-mail corporativo é considerado uma ferramenta, um instrumento de trabalho. Assim, é de uso estritamente profissional, subordinado à fiscalização do empregador.

De acordo com o ministro Dalazen,

"Não há intimidade ou privacidade do empregado a ser preservada, na medida em que essa modalidade de e-mail não é colocada à disposição do empregado para fins particulares. Não se pode vislumbrar direito à privacidade na utilização de um sistema de comunicação virtual engendrado para o desempenho da atividade empresarial e de um ofício decorrente de contrato de emprego.

...

O e-mail corporativo não pode ser equiparado à correspondência de natureza pessoal, de modo a merecer a tutela constitucional. É simples instrumento de trabalho que o empregador confia ao empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais. Bem se compreende que assim seja visto, pois as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do empregador exclusivamente para fins corporativos. Portanto, não há como estender ao e-mail corporativo a inviolabilidade das correspondências postal e telefônica."

Marcelo Oliveira Rocha (2005, p. 170), diz que:

"Existem vários problemas gerados pelo uso indevido dos computadores. O primeiro deles é a sobrecarga da memória e da rede. Em segundo lugar, há o tempo subtraído do trabalho que é usado para preparar e enviar mensagens ou "surfing" na internet. Em terceiro lugar, o tempo gasto por todos os empregados que têm de ler enormes quantidades de mensagens. Tudo isso reduz a produtividade do trabalho."

A montadora DaimlerCrysler (antiga Mercedes Benz) dispensou onze funcionários em outubro de 2005 sob o argumento de terem gravado na memória de computadores do trabalho várias fotos e vídeos de 30 segundos com imagens pornográficas. Antes de iniciar a "varredura" no sistema, a montadora avisou os empregados de que iria agir dessa forma e que poderia haver conseqüências aos trabalhadores. As imagens identificadas pelos técnicos estavam guardadas numa espécie de arquivo que a companhia põe à disposição dos empregados para que gravem informações pessoais em seus computadores. Cada trabalhador

tem uma senha de acesso à rede interna de dados (Folha de São Paulo, 28 de outubro de 2005). Nesse caso, o Advogado e fundador do Centro Brasileiro de Estudos Jurídicos da Internet, entende o seguinte: "Há ali um ambiente profissional, e a empresa tem de protegê-lo. O objetivo é a segurança e a manutenção da produtividade dos empregados, que pode ser afetada"

Alguns advogados entendem que o empregador tem razão nesse caso. Mesmo sendo um diretório liberado pela empresa para colocar dados pessoais dos funcionários, é preciso lembrar que se trata de um sistema de informação pertencente à empresa.

As empresas temem a falta de segurança no caso do não monitoramento da utilização dos e-mails enviados pelos empregados. Nesse caso, a Lei ampara as empresas que fundamentam a dispensa por justa causa pela violação de segredo da empresa, nos moldes do art. 482 CLT: "Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) g) violação de segredo da empresa."

Ressalta que no Reino Unido já possui uma lei que autoriza os empregadores a promover o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados.

Nessas circunstâncias, o monitoramento não configura um ilícito, mas sim um direito de propriedade que o empregador tem.

Por outro lado, alguns juristas consideraram que o monitoramento do e-mail do empregado contraria o direito à privacidade, à intimidade e ao sigilo de correspondência, que por sua vez, resulta a violação dos direitos fundamentais.

O Juiz do trabalho e professor da Faculdade de Direito da USP, Jorge Luiz Souto Maior (Jornal do Advogado, nº 299, outubro de 2005, p. 11), salienta que,

"Por trás da postura do empregador de defender seu direito de ler as mensagens enviadas e recebidas por seu empregado, na verdade, está embutida uma nova forma de controle, para potencializar o estado de sujeição do empregado. Na dispensa de um empregado em razão do envio de mensagens pornográficas, que é o que normalmente acontece, acaba-se adotando uma postura moralista. Mas, mais condenável que o envio de mensagens pornográficas, é a invasão da privacidade que se faz para chegar a esta constatação. Para apuração do crimes, o direito à privacidade pode ser limitado, mas sempre por comando judicial, devidamente justificado."

Nos tribunais europeus podemos destacar que a Corte Francesa vem dando preferência à preservação da intimidade do empregado, negando a possibilidade do empregador ter acesso às correspondências eletrônicas emitidas e recebidas pelo empregado no local de trabalho, a ponto de negar a possibilidade de dispensa do empregado por tal motivo¹⁴.

O Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região não tipificou justa causa pelo envio de e-mail pelo empregado, no seguinte sentido:

JULGAMENTO: 03/08/2000; RELATOR(A): FERNANDO ANTONIO SAMPAIO DA SILVA; REVISOR(A): ACÓRDÃO Nº: 20000387414; PROCESSO Nº: 20000347340; ANO: 2000; TURMA: 6ª; DATA DE PUBLICAÇÃO: 08/08/2000 EMENTA: Justa causa. "Email" não caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF,

¹⁴ Neste sentido, decisão proferida pela Corte de Cassação francesa, em 02/10/01, n. W 99-42.942, que se baseou no artigo 8o. da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

art.5º, inc.VIII). Um único "email", enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.

Além disso, o monitoramento não consentido pode caracterizar crime previsto na Lei nº 9296/96 (reguladora do referido dispositivo constitucional), consistente em “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.”.

Para Enoque Ribeiro dos Santos, " ... a rescisão contratual por justa causa não se sustenta quando o empregador acessa a intimidade do trabalhador para configurá-la, sem que esteja autorizado por ordem judicial (2000, p.133).

Diante dessas duas correntes, importante ressaltar, que cada caso deve ser analisado na sua individualidade, pois a internet é considerada "neutra". Segundo Oris de Oliveira ¹⁵,

"A internet possibilitando tudo em “tempo real” não poderia deixar de afetar o processo produtivo exigindo uma adequação da mão de obra. Hoje o “anafabite” não tem lugar no mercado de trabalho. Exemplificando:- o teletrabalho executado em regime de emprego ou de modo autônomo. Todavia, como toda técnica, a Internet é “neutra” e pode ser bem ou mal usada na relação capital-trabalho tanto por parte do tomador de serviço como de seu prestador."

Assim, o monitoramento dos acessos dos computadores dos empregados pelas empresas, só poderá ser permitido caso haja a ciência dada pelo empregado ou então, quando envolver o interesse público, como por exemplo, no caso da utilização da internet para divulgar pornografia infantil pelo empregado e com a autorização judicial, poderá a empresa monitorar. Para evitar interpretações dúbias, a ciência dada pelo empregado deve ser expressa.

¹⁵ O doutor Oris de Oliveira, gentilmente, concedeu uma entrevista, respondendo algumas perguntas acerca do tema proposto em questão, **ANEXO I**.

Além disso, a empresa deve divulgar por meio de circulares ou avisos o monitoramento no recinto do estabelecimento empresarial.

Ressalta-se que a empresa poderá monitorar somente o e-mail corporativo, ficando vedado o monitoramento dos e-mails particulares ou até mesmo o e-mail fornecido pela empresa para fins particulares. Se a empresa facultar ao empregado a utilização do e-mail e da internet durante a jornada de trabalho, deverá respeitar a intimidade e a privacidade do mesmo, conforme a norma Constitucional¹⁶, sob pena de responder crime de violação de correspondência, conforme o Código Penal, nos moldes do art. 151¹⁷.

Além disso, a empresa responde por danos morais e patrimoniais por violar a correspondência digital do empregado. A proteção do trabalhador na relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa diante do indevido monitoramento está fundamentado nos moldes do art. 7º, inciso I da Constituição Federal. Além disso, o art. 01º da Carta Magna assegura também a dignidade da pessoa humana (inciso III) e o valor social do trabalho (inciso IV).

Hoje, como não existe uma legislação pertinente à matéria, os sindicatos poderão inserir cláusulas nas convenções coletivas ou acordos coletivos para regular o monitoramento,

¹⁶ Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...

XII - 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;

¹⁷ Apesar da grande divergência na apuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito atual, em tese, a empresa que cometer crime de violação de correspondência poderá ser responsabilizada pelo dano que ocasionar.

possibilitando um entendimento mais justo, pois os empregados poderão também negociar a regra do monitoramento. Essas regras decorrem do princípio geral da boa-fé, que está na esfera contratual, dos princípios constitucionais e dos princípios do direito do trabalho, principalmente no que tange o princípio protetor do trabalhador.

Por outro lado, os empregados devem resguardar as informações vistas no ambiente de trabalho, observando a prudência na relação laboral para evitar danos à imagem da empresa e o vazamento de informação confidencial da empresa, sob pena de responder por danos morais¹⁸, materiais e criminais. Vale lembrar que o e-mail corporativo e a internet equivalem a um poderoso instrumento de trabalho para empresa, que devem ser utilizados para seus próprios objetivos de trabalho, sem contar que as manutenções dessas novas tecnologias são, geralmente, dispendiosas ao empregador.

4.3.1.4. Neoliberalismo: aspectos políticos e econômicos

Com a dissolução da União Soviética e a queda do muro de Berlim, a guerra fria deu-se por encerrada, proclamando a vitória do capitalismo, fortalecendo ainda mais a expansão da globalização.

Nos aspectos econômicos, a globalização trouxe uma disputa por mercados internacionais; em contrapartida, houve uma concentração de capital cada vez maior e uma internacionalização do capital, forçando as economias dependentes a uma inserção subordinada no mercado internacional.

¹⁸ Para Enoque Ribeiro dos Santos, a empresa pode ser sujeito passivo do dano moral, quando atingida por ato ilícito, que fira sua imagem, reputação e boa fama nos círculos comerciais e financeiros em que opera (O Dano moral na dispensa do empregado, Ltr, 2000, p. 119).

Em 1989, o governo americano, FMI, Banco Mundial e Bid se reuniram para tratar sobre assuntos da América Latina, para avaliar algumas reformas econômicas e apresentar uma proposta neoliberal. Essa reunião passou a se chamar Consenso de Washington. Vários países latinos adotaram as recomendações, como a Argentina, Chile, México, inclusive o Brasil. Os governos Collor, Itamar, Fernando Henrique Cardoso, como por exemplos, privatizaram a grande parte das empresas públicas, colocação da contenção da inflação acima das questões sociais, dentre outras medidas recomendadas pelo referido Consenso, repercutindo um aumento de desempregados, uma flexibilização nas normas das relações laborais e um crescente aumento da miséria em todas as regiões do país.

As empresas brasileiras se depararam com vários planos econômicos que tinham a finalidade de frear a inflação. O plano cruzado, por exemplo, derrubou a inflação mensal de índices próximos a 25,00% para o índice de 1,00% em apenas um mês. Entretanto, esse plano não conseguiu se manter por muito tempo. O plano real instalado em 1994, com o governo Itamar e a continuação desse mesmo plano com o governo Fernando Henrique Cardoso, intensificaram os ajustes. Dessa forma, as mesmas tiveram que se adaptar ao ambiente econômico sem inflação.

As recomendações adotadas no Consenso de Washington não se preocuparam com o direito social, propondo somente medidas para o neoliberalismo econômico, considerando ainda, menos interferência do Estado e máxima iniciativa privada.

No campo social, os efeitos negativos da globalização atingiram diretamente não só a sociedade brasileira, mas também a sociedade global, principalmente na transformação do perfil e volume do emprego, das qualificações e da organização do trabalho.

Além disso, a tendência dentro desse cenário contemporâneo é a desinstitucionalização da proteção social, sendo uma forma de ocultar os efeitos do conflito entre o capital e o trabalho. O discurso de invocação da flexibilização das normas trabalhistas, propondo o fim das garantias legais, comprova que, em alguns aspectos, o neoliberalismo tenta ressuscitar um passado marcado pela barbárie da sociedade baseada no absolutismo da liberdade contratual.

Dessa forma, os princípios basilares do direito do trabalho, também são afetados pela nova ordem econômica imposta pelos países mais desenvolvidos financeiramente, principalmente o princípio da proteção do trabalhador, que durante séculos, trabalhadores lutaram para adquirir a tal proteção.

4.3.2. Novo Sistema de Trabalho

4.3.2.1. Flexibilização

Diante da crescente revolução tecnológica e as novas formas de gestões empresariais, as flexibilizações das normas trabalhistas aumentam a cada dia que se passa no mundo e no Brasil.

Para José Augusto Rodrigues Pinto (2000, p. 283),

"flexibilização é a decorrência jurídica direta da globalização, a qual se define como a sujeição dos sistemas econômicos nacionais aos interesses

universalizados do capital e da atividade econômica, tornados possíveis pela conjugação tecnológica da cibernética, informática e automação. A agressão da economia globalizada ao emprego força o Direito do Trabalho a deslocar o eixo de sua estrutura em seus ramos internos mais importantes: a) no individual, afrouxando a rígida disciplina tutelar do trabalhador, exercida por meio da norma estatal, em nome do princípio nuclear da proteção, o que importa em passar à responsabilidade dos próprios atores da relações de trabalho a negociação de suas categorias; b) no sindical e Coletivo, impondo a mudança da postura tradicionalmente reivindicativa das representações sindicais para outra, negociadora dos interesses das categorias, na posição, inclusive, de recipiendário da função normativa estatal."¹⁹

Segundo Sergio Pinto Martins (2004, p. 25), prefere definir a flexibilização como um

"conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Conjunto porque forma um todo organizado, um sistema para o fim de estabelecer mecanismos para compatibilizar as regras do Direito do Trabalho com as mudanças, isto é, uma reunião de medidas visando flexibilizar as relações trabalhistas. Não se faz a flexibilização apenas de uma forma ou mediante medidas isoladas, mas dentro de um conjunto. São adotados vários procedimentos para a flexibilização"²⁰.

No direito estrangeiro, a flexibilização percorre em diversos setores do Direito do Trabalho, conforme explica o jurista Sergio Pinto Martins:

Na Alemanha, a contratação coletiva é comum por ramo de atividade ou por região. Os comitês de empresa participam ativamente dela., inclusive por meio de regime de co-gestão. Na Argentina, a Lei nº 24.013, de 1991, é chamada de Lei Nacional de Emprego, tendo incorporado novas modalidades de contratados por tempo determinado ao sistema argentino de relações de trabalho. Na Bélgica, a flexibilidade é mais da jornada de trabalho e dos contratos a tempo parcial.No Equador, a Lei nº 133, de 1991, foi baseada na lei colombiana de 1990. Foi ampliada a possibilidade de contratação por tempo determinado. A dispensa foi facilitada. O exercício do direito de greve foi limitado. Nos Estados Unidos, fala-se no emprego discricionário, no employment at will. O empregador tem a plena liberdade de fixar os termos e as condições de trabalho de acordo com as sua necessidades. A concession bargainig tem por objetivo a redução de salários como forma de evitar o fechamento de empresas ou o deslocamento para outro país. Foi muito utilizada em certas indústrias automobilísticas, que

¹⁹ José Augusto salienta ainda : "É possível dizer que, desde o fato econômico da globalização e por via da flexibilização normativa estatal da relação de trabalho subordinado, o direito do Trabalho está em compasso efetivo de reflexão, visando ao recondicionamento de suas idéias estruturais" (2000, p. 284).

²⁰ Para Sergio a flexibilização das regras trabalhistas é, ainda, uma forma de atenuar o princípio da proteção à relação laboral. O referido princípio não será, porém, eliminado, mas serão minorados seus efeitos em certas situações específicas (2004, p. 26).

passavam por crises. As leis trabalhistas americanas são mínimas. Versam sobre salário mínimo, desemprego, aposentadoria, treinamento, saúde e negociação. As restantes condições de trabalho são delegadas aos contratos individuais ou coletivos. Na Itália, a lei de 1984 dispõe sobre a contratação a tempo parcial, regulando os "contratos de solidariedade" que tem menor proteção legal, tanto no direito do trabalho como no direito previdenciário.(2004, p. 30/34).

A função econômica nas relações do trabalho torna-se evidente também a quem acompanhar o recente debate em torno de sua flexibilização, que quebra a rigidez das normas constitucionais, como por exemplo, o artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

O jurista Santiago Barajas Montes de Oca (México, 1995, p. 44) cita Jean-Claude Javillier que analisa a flexibilização da seguinte maneira: “representa el conflicto de las ideologias pues para algunos juslaboralistas la flexibilidad es el diablo, um concepto patronal por excelência; para otros es um angel, um proceso que salvará a los operários del desempleo”. Assim, será que só existem impactos negativos absolutos decorrentes da flexibilização?

A questão da flexibilização das normas trabalhistas é complexa e existem posições a favor e posições contra.

4.3.2.1.1. Posição a favor da flexibilização

A posição considerada partidária do neoliberalismo sustenta que certas formas de precariedade do emprego, redução dos custos da produção e reorganização do tempo de trabalho são benéficas à sociedade, podendo trazer um aumento no número de empregos e permitindo que a empresa se ajuste, sem custos adicionais, às exigências da nova realidade econômica.

A rigidez das normas do trabalho não só é um obstáculo para o desenvolvimento econômico, bem como a proteção prejudica a autonomia da liberdade sindical. O direito do trabalho seria, assim, um direito imóvel, intocável, insuscetível de ajustes capazes de adaptá-lo a novas realidades.

Neste sentido, o jurista OCTAVIO BUENO MAGANO (1992, p. 326) salienta:

“... para que a crescente demanda de flexibilidade registrada nos últimos tempos não resulta de desígnios políticos de preferência contra os sindicatos, mas – pelo contrário – reflete um fato objetivo nascido de múltiplos fatores que se modificaram nas características dos mercados e nos mecanismos da produção”.

ARION SAYÃO ROMITA (2003, 66) salienta que “a corrente contrária à flexibilização é estatizante, sob a influência do fascismo italiano”. O mesmo autor relata que:

“A característica de apego ao passado é visível, por que as idéias do grupo filiado a esta corrente resguardam a filosofia sócia do Estado Novo de Getulio Vargas (1937-1945). Estas idéias são anacrônicas: o estágio de evolução econômica do Brasil, hoje, não é mais o mesmo dos anos 1940. Por outro lado, o regime político também mudou: da ditadura getuliana o País envolveu para um Estado democrático de direito (Constituição, art. 1º)” (2003, 65).

Ressalta ainda o entendimento do Sergio Pinto Martins,

No sistema jurídico brasileiro, valem mais as regras do que os princípios. Assim, uma lei que estabeleça situação menos favorável ao trabalhador pode mitigar sensivelmente o princípio da proteção e da melhoria das condições de trabalho (2004, p.122)

4.3.2.1.2. Posição contra a flexibilização

A segunda posição sustenta que a legislação do trabalho já se mostra suficiente flexível e que aumentar a dose de flexibilização resultará em prejuízos para os trabalhadores.

Segundo essa corrente de pensamento, o direito do trabalho possui finalidade eminentemente reivindicatória, em razão do que jamais se pode pensar em reduzir conquistas sociais. O direito do trabalho nunca retrocede, pelo contrário, busca sempre ampliar os direitos assegurados aos trabalhadores, tendo em vista que esse direito visa proteger o hipossuficiente econômico.

A finalidade do direito do trabalho é a proteção da classe trabalhadora. Logo, é inadmissível a sua flexibilização. O Estado tem um papel fundamental nesse processo, intervindo e protegendo os direitos dos trabalhadores, pois a legislação do trabalho deriva da atividade intervencionista do Estado, assegurando seus direitos irrenunciáveis.

Segundo MARIA REGINA GOMES REDINHA (1995, p. 59):

“A flexibilização não é nem pode ser considerada um fim em si mesma e, muito menos, a cura universal para a recuperação econômica e para a solução do problema do emprego, podendo, inclusive, desembocar numa prática autofágica”.

Na mesma posição, MÁRCIO TÚLIO VIANA disserta o seguinte:

“O problema é que o verbo se tornou irregular: nem sempre se conjuga com todos os pronomes. O capital ordena: flexibilizem! Mas se recusa a dizer: flexibilizo! E o fato de ser conjugado só na terceira pessoa faz o verbo incorporar elementos de seu contrário: se inova nas formas, retrocede nas essências; se promete liberdade, aumenta a opressão” (2000, p. 168)

4.3.2.1.3. Normas trabalhistas: Proteger ou Flexibilizar, eis a questão.

Nos breves apontamentos, acima mencionados, verificamos duas palavras: proteção e flexibilização na perspectiva do direito do trabalho, no entanto houve grandes divergências nesse ramo do direito, principalmente no contexto da nova realidade do mundo contemporâneo.

NORBERTO BOBBIO (1992, p. 45) analisa essa problemática no campo do direito do trabalho da seguinte maneira:

“não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica”.

Nessa perspectiva, é difícil achar um equilíbrio entre a proteção e a flexibilização, mas só se saberá, no futuro, se as escolhas que são feitas no presente momento serão certas ou não.

No entanto, não podemos ficar estáticos diante disso e, sim, propor algumas considerações que sejam importantes até a presente data, senão vejamos:

Quando existe uma colisão de interesses, é necessário buscar não só o princípio da dignidade humana, bem como o princípio da proporcionalidade. ROBERT ALEXY (1993, p. 116) sugere a seguinte fórmula:

“Toda norma de derecho fundamental vale sólo cuando y en la medida en que al interés de libertad protegido no se le opone ningún interés (bien jurídico) de valor superior. La aplicación de esta fórmula presupondría una ponderación de los respectivos intereses”.

Nessa perspectiva, o princípio da proteção tem como um dos fundamentos a dignidade do trabalhador, dessa forma é justificável o seu valor. Por outro lado, a flexibilização não possui valor-fonte de dignidade humana, pelo contrário, é um mecanismo econômico (fenômeno) criado por um sistema político-econômico (liberalismo), sendo que esse mesmo sistema influenciou o surgimento do direito do trabalho para coibir os seus abusos.

Além disso, AMERICO PLÁ RODRIGUEZ (2004, P. 24) disserta sobre os princípios do direito do trabalho, no qual o princípio da proteção é essencial para garantir os seus valores-fonte, senão vejamos:

“Um exemplo recente da variedade de sentidos com que se usa a palavra princípio é a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento, aprovada na 86ª Reunião da Conferencia Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 1998. Nela algumas vezes se utilizavam ambas as expressões (princípios e direitos fundamentais) como sinônimas; outras vezes como princípios relativos aos direitos fundamentais”.

Logo, a flexibilização não tem investidura de um princípio no direito do trabalho. Por outro lado, a proteção tem valor: é fonte e orientadora nas normas trabalhistas.

A expansão da flexibilização não significa aumento de empregos e segurança jurídica nas negociações coletivas, pelo contrário, aumentará o trabalho precário e enfraquecimento dos sindicatos. JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO (1999, p. 248) cita um exemplo referente à flexibilização nos contratos trabalhistas no âmbito internacional:

“Um exemplo é o caso espanhol: não obstante possuir o maior número de tipos de contratos flexíveis de trabalho e o menor custo de mão-de-obra da Europa, a Espanha não conseguiu se livrar da maior taxa de desemprego dentre os países da CCEE”.

O jurista Oris de Oliveira, ao ser questionado acerca da irreversível flexibilização dos direitos trabalhistas e quais as conseqüências da flexibilização perante o princípio protetor do trabalhador no Brasil, respondeu da seguinte forma:

"Desde que se entende que "inflexibilidade (sic) dos direitos trabalhistas consiste em não mexer em nada do que está posto, há flexibilizações que podem estar, ou não estar, em sintonia com o princípio de proteção. Por exemplo:- houve alteração na idade da aprendizagem empresária que passou de 14 até 24 anos. Houve flexibilização de uma norma superada em favor do jovem trabalhador. Há espaço, por exemplo, para "contratos-formação" para jovens (14 a 24 anos) aceitos em países em que há preocupação de salvar o princípio de proteção, que não é estático."

Portanto, o princípio da proteção protege os direitos fundamentais do trabalho à medida que aparece a flexibilização, valendo então como bem jurídico superior. Dessa forma é certo que a proteção à liberdade, igualdade e à dignidade do trabalhador devem ser resguardadas.

É certo também que as normas trabalhistas não devem ser rígidas, mas elas já estão ligadas com a realidade social, conseqüentemente, já estão atendendo às exigências do mundo globalizado. No entanto, não quer dizer que mude sua finalidade nem sua razão de ser, nem suas fontes orientadoras. Pelo contrário, deve aplicar os princípios que regem o direito do trabalho adequadamente à época e às realidades efetivas em que ela está inserida.

3.3.3. Terceirização

A tradicional relação de emprego cede cada vez mais a relações triangulares de trabalho ou formas de prestação autônoma de serviços que atende pelo nome de terceirização. Segundo Eduardo Gabriel Saad (p. 45, 2003), terceirizar "proveio de terceiro, do latim

"tertiariu". Na terminologia jurídica, terceiro é a pessoa estranha a uma relação jurídica, inclusive processual".

Além disso, um dos fenômenos econômicos que estão causando um grande impacto nas relações de trabalho é a descentralização produtiva com a conseqüente terceirização de parte da atividade econômica.

Segundo Pinto (2000, p. 500) terceirização "é transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida". Ainda, o mesmo autor salienta que a terceirização "pode ser considerada, junto com a globalização, subproduto natural da Revolução Tecnológica nos campos econômico e organizacional da empresa".

Na verdade, uma única empresa de grande porte geralmente precisa de vários serviços, como de limpeza, recursos humanos, vigilância, publicidade etc. As pessoas que executavam esses serviços eram todos registrados e gozavam de toda segurança jurídica. Atualmente, a empresa prefere que esses serviços sejam prestados por terceiros, por pequena ou micro empresa independente.

A empresa de grande porte, com a terceirização, se beneficiará com a flexibilidade de negociação de um contrato na esfera civil com a empresa de serviços e ganhará mais liberdade de contratar com outras empresas.

Além disso, referente à jornada de trabalho, a grande empresa deixará de pagar o tempo ocioso quando esses funcionários não tiverem o que fazer, mas ficarão à disposição do empregador e das horas-extras.

Ressalta-se que a empresa de grande porte não só deixará de ser fiscalizada e/ou atuada por irregularidades pelos órgãos competentes, como também deixará de recolher os encargos sociais dos trabalhadores terceirizados.

Assim, os ex-funcionários que abriram empresas para prestarem serviços para grande empresa perdem a segurança que tinham.

Os efeitos da terceirização na era da globalização transcendem qualquer fronteira, sendo que grandes grupos empresariais que produziam na forma vertical passam a explorar a atividade econômica na forma horizontal em qualquer país, ou seja, a empresa que era detentora de todas as etapas de produção distribui as etapas para outras empresas.

Recentemente, o jornal Folha de São Paulo publicou uma reportagem que retrata bem a terceirização implantada no Brasil com o seguinte título: "Globalização: com mão-de-obra barata, cidade na periferia de Fortaleza produz para Diesel, Donna Karan e outras" (13/11/2005 - B8). Para quem não sabe, Diesel, Donna Karan são grifes de luxo e possuem lojas espalhadas no mundo.

As grifes procuram o setor produtivo mais atraente para a fabricação de seus produtos, independente do país da origem da marca. O que mais atrai para esse grupo empresarial é a mão-de-obra barata. Segundo a Folha de São Paulo, o piso salarial de uma

costureira no Ceará equivale à quantia de R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais) enquanto em grandes centros o piso salarial pode chegar ao triplo do valor recebido no Ceará.

A trajetória da produção da calça da marca Diesel é organizada da seguinte maneira: O modelo é enviado pelo escritório central da Diesel na Itália para a confecção cearense SN, localizada em Horizonte, região metropolitana de Fortaleza. As especificações vão por e-mail, em formato especial, a ser lido pela máquina de corte da fábrica SN. Os aviamentos (botões e zíperes, entre outros) são importados pela SN da própria Diesel, na Itália, assim como as etiquetas. O algodão é produzido em Mato Grosso do Sul, de onde segue para ser beneficiado em Santa Catarina e o tecido, do tipo sarja, vem da indústria têxtil Renaux, de Brusque, Santa Catarina. Na SN, o tecido é cortado, de acordo com as especificações da marca italiana, em computador especial para corte. De lá, segue para as costureiras, que montam a peça e, posteriormente, os produtos são costurados e lavados. O próximo passo é aplicação dos aviamentos e etiquetas. Totalmente montada, a peça é posta no saco plástico com a marca Diesel, importada junto das etiquetas e aviamentos. E, finalmente, sai da cidade de Horizonte com a direção aos portos cearences, de onde parte para o exterior.

A calça fabricada pela SN, com a marca da Diesel equivale a quantia de R\$ 26,80, enquanto nas lojas paulistas, uma calça com modelo similar nas lojas mais sofisticadas, custa o equivalente a R\$620,00.

É nítido que o nordeste globalizou-se graças à sua mão-de-obra barata e pode tornar-se um importante parque industrial. Além disso, a terceirização, como forma de organização do mundo do trabalho, é inevitável em qualquer lugar do mundo.

Para alguns, a terceirização contraria a proteção social, o princípio da proteção. Mas isso não é verdade. O exemplo anteriormente citado constata que não é somente a marca Diesel que é beneficiada com a terceirização, mas sim os trabalhadores que terão mais empregos e salários mais dignos, o Estado arrecadará mais tributos e os empresários brasileiros poderão captar mais capital de giro para fazer novos investimentos.

Além disso, a Constituição Federal não proíbe a terceirização, muito menos lei ordinária. A Carta Magna no seu art. 5º, inciso XIII, é bem clara nesse sentido, senão vejamos: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Por outro lado, quando a terceirização omitir, desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho e as demais normas trabalhistas, o valor do trabalho humano não pode tolerar qualquer tipo de abuso ou aviltamento.

3.3.3.1. A subordinação nas relações triangulares do trabalho e o obstáculo epistemológico na relação de emprego

O avanço do setor produtivo e as novas demandas das relações triangulares de trabalho ou formas de prestação autônoma de serviços nos obriga a analisar a subordinação sob outro prisma no contrato de trabalho para não desproteger o empregado hipossuficiente.

Segundo Arion Sayão Romita,

As transformações verificadas no processo de organização do trabalho refletem no instituto jurídico Contrato de Trabalho. Os possíveis regimes de prestação de trabalho por uma pessoa física em proveito de outrem (pessoa física ou jurídica, inclusive o Estado) são, historicamente, o contratual e o estatutário. Deixando à margem o

regime estatutário (adequado a uma relação de direito público, que vincula o prestador de serviços ao estado), cabe considerar as formas de natureza contratual, caracterizadas basicamente como trabalho subordinado e autônomo. A prestação de serviços de natureza continuativa e pessoal, na atualidade, dá ensejo a um novo tipo: ao lado do trabalho em que o trabalhador em que o prestador de serviços não assume os riscos do empreendimento e daquele em que a autonomia organizativa prevalece, surge o trabalho coordenado. Com a crise da subordinação, emergem novas formas nas quais o trabalho associado reduz o protecionismo dispensado ao trabalhador, superando a dicotomia tradicional (trabalho subordinado/trabalho autônomo), em favor de um *tertium genus*²¹, qual seja, o trabalho coordenado, sob a influência de uma realidade social cada vez mais complexa e problemática, como resposta a situações contratuais ambíguas, nas quais o traço decisivo se afigura como a necessidade de propiciar uma ocupação ou oportunidade de obtenção de renda ou fonte de sustento. (2003, p. 219).

Diante dessas considerações, devemos entender o que significa subordinação. Subordinação é "o estado em que se coloca o empregado perante o empregador, quando, por força do contrato individual, põe sua energia pessoal à disposição da empresa para a execução dos serviços necessários aos seus fins" (José Augusto Rodrigues Pinto, 2000, p. 484). Todavia, definir a terminologia subordinação não é uma tarefa tão simples como parece, como pondera Mascaro, "as dificuldades começam diante de uma pergunta. Que é subordinação?" (2000, 155).

Inicialmente, precisamos estabelecer uma importante diferença entre empregado e trabalhador autônomo, pois o empregado é subordinado e tutelado pela CLT e o trabalhador autônomo não. As regras que norteiam os contratos dos autônomos estão em outros ramos do direito, como por exemplo, no direito comercial, direito civil e demais legislações esparsas.

²¹ Nova classificação.

Além disso, diante do art. 114 da Constituição Federal (conforme Emenda 45/05), exigisse uma outra diferenciação no que se refere à competência nas relações de trabalho. Para ilustre doutrinadora Thereza Christina Nahas (2006),

"Relação de trabalho, portanto, é toda aquela em que, alguém se obriga a determinada prestação com objetivo de atingir uma invalidez esperada pelo outro. Se o trabalho desenvolvido for subordinado e decorrer de uma relação de emprego, será tipicamente um contrato de trabalho; caso contrário, poderá ser uma relação e natureza civil ou de consumo."

Assim, passamos à compreensão do significado da subordinação. Mascaro conceitua da seguinte forma:

"como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará ... O empregado é um subordinado porque ao se colocar nessa condição consentiu por contrato que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador. Este pode dar ordens de serviço. Pode dizer ao empregado de que modo deverá trabalhar, o que deverá fazer, em horário, em que local etc. Não será demais lembrar aqui um conceito que ajuda a compressão desse problema. O contrato de trabalho é um contrato de atividade. Isso que dizer que a atividade de alguém é dirigida por outrem mediante salário. Em se tratando de trabalhador autônomo não há o poder de direção sobre a atividade do trabalhador. O autônomo não está subordinado às ordens de serviço de outrem, uma vez que, sendo independente, trabalhará quando quiser, como quiser e segundo os critérios que determinar. Autodetermina-se no trabalho. O empregado, ao contrário, subordina-se no trabalho. (2000, p. 156)"

O obstáculo epistemológico²² constatado na terceirização aparece quando a autonomia contratual se confunde com a subordinação. Para Mascaro, quanto maior o número e a irrefutabilidade jurídica das ordens de serviço, mais clara está a subordinação. Quanto menor o número de ordens, mais obscura será. Pode ocorrer uma zona cinzenta de difícil diagnóstico" (2000, p. 157).

²² Para o filósofo Hilton Japiassú o obstáculo epistemológico são "retardos ou perturbações que se incrustam no próprio ato de conhecer, apresentado-se como um instinto de conservação do pensamento, como uma preferência dada mais às respostas do que às perguntas e impondo-se como causas de inércia." (1996, p.200)

Para José Francisco Siqueira Neto²³, trabalho parasubordinado significa,

"esse tipo de trabalho como categoria intermediária entre o trabalhador autônomo e o trabalhador subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente numa destas duas modalidades tradicionais. O trabalho é prestado com pessoalidade, habitualidade e coordenação. Ter-se-ia, se possível, um trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado. Dadas as especialíssimas circunstâncias do trabalho ora referido, cremos que a melhor denominação para o mesmo seria "trabalho parasubordinado".

Para Arion Sayão Romita,

"Estão destinadas ao desaparecimento as relações de trabalho que perduram durante o arco da inteira vida produtiva. As formas de trabalho integradas na empresa tendem a perder espaço e passam a ocupar cada vez mais o espaço situado na zona cinzenta entre a subordinação e a autonomia (trabalho coordenado) (2003, p. 219/220).

Dessa forma, podemos considerar que a "zona cinzenta" ou "características assimiláveis" citadas na doutrina é, na verdade, as inúmeras perturbações que se incrustam no próprio ato de conhecer a dependência de um vínculo de trabalho que pode ser um vínculo empregatício ou um vínculo autônomo, que, por ora, denominamos como: obstáculo epistemológico no vínculo de trabalho e não "trabalho parasubordinado ou coordenado", pois essa terminologia nos levaria a pensar em um novo tipo de trabalho e, conseqüentemente, não existiria norma (regras, princípios etc) aplicável para esse caso. Ademais, a subordinação não pode ser analisada de forma isolada, haja vista que o vínculo autônomo possui natureza adversa (civil). Diante disso, para melhor compreensão, apresentamos o seguinte gráfico:

²³ <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/brazil.pdf>. INFORME SOBRE AS SITUAÇÕES DE TRABALHO E DE PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES NO BRASIL Acesso 28/05/06.

Quadro 02

CONTRATO DE TRABALHO	<u>Obstáculo epistemológico no vínculo de trabalho</u>	TRABALHO AUTÔNOMO
SUBORDINAÇÃO (O empregado está subordinado às ordens de serviço de outrem)	"zona cinzenta" (Subordinação e Autonomia) Obstáculo	AUTONOMIA (Não há o poder de direção sobre a atividade do trabalhador)
Legislação: natureza trabalhista (conforme art. 2º e 3º da CLT)	Obstáculo	Legislação: natureza civil
Competência Justiça do Trabalho ²⁴	Obstáculo	Competência Justiça Comum (Civil)
Organização Judiciária Federal	Obstáculo	Organização Judiciária Estadual

O obstáculo epistemológico no vínculo de trabalho exterioriza-se na difícil diferenciação entre o trabalho autônomo e o trabalho decorrente do vínculo empregatício. Assim, cabe ao aplicador da norma analisar com ponderação cada fato e/ou prova que surgir na lide trabalhista.

Eduardo Grabiél Saad demonstra uma hipótese de relação de trabalho (de emprego e autônoma), senão vejamos:

"O simples fato de ser o proprietário do caminhão não é bastante para impedir o surgimento de uma relação de emprego, pois são freqüentes os casos de empregados que têm automóvel e que o usam no cumprimento do seu contrato de trabalho. O praticista e o vendedor-viajante, de ordinário, têm automóvel próprio. Aqui, também, o horário, o controle do trabalho externo, a exclusividade e a pessoalidade da prestação de serviços a uma única empresa são elementos denunciadores de uma relação de emprego. A bem da verdade, conhecemos casos em que o próprio motorista tem interesse em servir unicamente a uma empresa porque o volume de trabalho que ela oferece, origina uma receita que o satisfaz plenamente. É preciso provar que a exclusividade do trabalho resulta de um ato de vontade do motorista e não da empresa. Como se, não é possível formar-se um critério que seja válido para todas as situações que, em matéria de transporte, podem surgir entre os motorista de veículo próprio e as empresas. É mister analisar cada caso para averiguar-se quando o trabalho é autônomo ou dependente." (2003, p. 29/30)

²⁴ Tramita no Congresso Nacional um projeto para regulamentar o inciso IX do art. 114 da Constituição Federal que dispõe sobre competências da Justiça do Trabalho referente à relação de trabalho. **ANEXO III.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região também já analisou a relação de emprego e de trabalho autônomo como segue abaixo:

"Processo00988-2002-091-03-00-2 RO. Data de Publicação14/05/2003. DJMG Página: 14 . Órgão Julgador Segunda Turma. Juíza Relatora Alice Monteiro de Barros.

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO E TRABALHO AUTÔNOMO.A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do Trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado ou trabalho parasubordinado) com tutela adequada, mas inferior àquela prevista para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia codicista trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico, levando a jurisprudência a se apegar a critérios práticos para definir a relação concreta. Logo, comprovado nos autos que a prestação de serviços se desenvolveu sob a orientação e direção do empregador, a relação jurídica está sob a égide do Direito do Trabalho.²⁵"

Diante dessa informação jurisprudencial, podemos destacar alguns critérios relevantes para a diferenciação entre a relação de emprego e trabalho autônomo. Em primeiro lugar, ficou comprovado via documentos juntados no processo a pessoalidade na prestação de serviços, apesar de constar um contrato de prestação de serviços firmados entre o reclamante e o reclamado. Nesse caso, prevaleceu o conjunto harmônico das provas acostadas nos autos. Em segundo lugar, ficou provado o controle do horário de trabalho exercido pela empresa, configurando a subordinação jurídica. Dessa forma, imaginamos a seguinte hipótese: e se mesmo assim, diante do caso acima citado, como o Julgador irá distinguir a relação de emprego e trabalho autônomo?

²⁵ Acórdão na íntegra. **ANEXO IV.**

Para José Francisco Siqueira Neto²⁶,

" problema da proteção dos trabalhadores fica totalmente vinculado à comprovação ou não da dissimulação do trabalho subordinado. Confirmando a dissimulação, o processo é o mesmo já descrito no tópico referente ao trabalho subordinado. Na hipótese da não confirmação da dissimulação, o caso seria puramente de trabalho autônomo."

A função do princípio protetor poderá ser aplicada nesse caso, observando as condições mais favoráveis aos empregados, que restabelecerá o equilíbrio da relação empregatícia.

A regra da condição mais benéfica pode ser utilizada também nos casos em que pressupõe a existência de um caso concreto, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que for mais favorável ao hipossuficiente que a nova norma aplicável. A jurisprudência ensina que:

"Enunciado nº 20, do TST - Não obstante o pagamento da indenização de antiguidade, presume-se em fraude à lei a rescisão contratual se o empregado permaneceu prestando serviço ou tiver sido, em curto prazo, readmitido."

Dessa forma, o princípio da proteção deve ser aplicado quando demonstrar indícios de fraude ou ilícito na relação de emprego, principalmente quando houver uma terceirização camuflada ou disfarçada com objetivo de desvirtuar a lei, afastando o obstáculo epistemológico.

3.3.4. Desemprego e subemprego

²⁶ <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/brazil.pdf>. INFORME SOBRE AS SITUAÇÕES DE TRABALHO E DE PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES NO BRASIL Acesso 28/06/06.

Em 2005, o crescimento mundial foi 4,3%, mas o desemprego atingiu recorde, pois 192 milhões de pessoas em todo o planeta estavam desempregadas, diz a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2005) em seu estudo anual sobre as tendências de trabalho e emprego. Depois de dois anos de diminuição, o desemprego conservou-se no patamar de 6,3% - como o número de pessoas a entrar no mercado continua crescendo, a manutenção da mesma taxa significa que há mais gente desempregada.

O relatório mostra que, principalmente nos países menos desenvolvidos, as políticas de governo não conseguiram transformar crescimento econômico em aumento significativo no mercado laboral.

Na globalização, o desemprego não significa somente que o trabalhador perdeu o seu salário, pois aponta vários aspectos na questão social. Já foi dito antes que a globalização é um processo de reorganização da divisão internacional do trabalho, provocado pelas novas formas de produção, principalmente nos setores industriais no mundo inteiro. Assim,

"Vários aspectos da questão social convergem no fenômeno do desemprego, o que pode acentuar a gravidade da questão social, das tensões que a constituem. Aí aparecerem problemas relativos aos preconceitos de raça, idade e sexo, tanto quanto relativos a religião e língua, cultura e civilização. A perda do emprego é um processo seletivo. A propósito disto, colocam-se dois aspectos. Primeiro, diferentes grupos sociais experienciam diferentes níveis de desemprego. Segundo, o desemprego tende a ser geograficamente desigual no interior dos países. No que se refere aos grupos sociais, as pessoas menos sujeitas ao desemprego são homens entre 25 e 54 anos, com boa educação ou boa formação profissional. Isso deixa vulnerável ao desemprego grande número de pessoas: mulheres, jovens, velhos, minorias. Muitos desses são trabalhadores não qualificados ou semiquilificados" (Ianni, 2004, p.137- A Era do Globalismo).

Nos grandes centros industriais da Europa e do EUA, na década de 1970 em diante, houve a transferência da linha de produção, em parte, para os países periféricos como Brasil,

México, Argentina, Coréia do Sul, Taiwan e outros países da Ásia oriental, acarretando inúmeros desempregos nos países considerados ricos. Essa transferência se dá porque a mão-de-obra nos países periféricos é mais barata e conseqüentemente renderá mais lucro às empresas multinacionais.

Atualmente, tanto os países centrais quanto os periféricos sofrem para resolver o problema do desemprego estrutural. Segundo Paul Singer (1998, p.23), "o desemprego estrutural ocorre porque os que são vítimas da desindustrialização em geral não têm pronto acesso aos novos postos de trabalho".

A questão do desemprego nos países centrais não é fácil de ser resolvida e tão perto de solução, mas existem nesses países, alternativas para amenizar os efeitos do desemprego, como seguro desemprego eficiente, qualificação ou requalificação dos trabalhadores em outros setores da produção pelo próprio sindicato ou pelo governo etc. Enquanto nos países periféricos, como o Brasil, os trabalhadores não possuem sistemas alternativos eficientes para conter o desemprego e precarização do direito do trabalho.

Além do desemprego estrutural, podemos ressaltar o desemprego tecnológico que corresponde elevado índice de postos de trabalho desativados pela ocupação da máquina como verificamos no item Avanço Tecnológico, item 4.3.1.3..

Para Jeremy Rifkin (2004, p. 6),

"o dilema entre a crescente concorrência global e encargos trabalhistas cada vez maiores, as multinacionais parecerem determinadas a acelerar a transição entre trabalhadores humanos e seus substitutos mecanizados. Seu ardor revolucionário ultimamente tem sido incentivado por considerações irresistíveis sobre a linha de lucro. Na Europa, onde se atribui a culpa na

estagnação da economia e da perda da competitividade nos mercados mundiais ao custo da mão-de-obra, as empresas estão se apressando em substituir sua força de trabalho por novas tecnologias de informação e de telecomunicações".

O autor Paul Singer (1998, p. 23) disserta que:

"O desemprego estrutural, causado pela globalização, é semelhante em seus efeitos ao desemprego tecnológico: ele não aumenta necessariamente o número total de pessoas sem trabalho, mas contribui para deteriorar o mercado de trabalho para quem precisa vender sua capacidade de produzir. Neste sentido, a Terceira Revolução Industrial e a globalização se somam. As duas mudanças atingiram, no Primeiro e no Terceiro Mundos, os trabalhadores mais bem organizados que ao longo de muitos anos de lutas, conseguiram conquistar não só boa remuneração mas também o que Jorge Mattoso (1993) chama apropriadamente de segurança no trabalho. Foram os trabalhadores industriais que conseguiram o direito de se sindicalizar, de barganhar coletivamente com os empregadores, de fazer greve sem correr o risco de demissão, de ter representação permanente junto à direção da empresa. Na medida em que foram exatamente estes os trabalhadores mais atingidos pelo desemprego tecnológico e pelo desemprego estrutural, a correlação de força entre compradores e vendedores de força de trabalho, em cada país, tornou-se muito mais favorável aos primeiros".

As empresas financeiras, por exemplo, empregavam cerca de 811.892 empregados em janeiro de 1989. No mês de dezembro de 1996 havia somente 497.108 empregados no setor financeiro, que totalizou a demissão de 314.784 demissões, conforme demonstra o gráfico abaixo.

Quadro 03

Número estimado de empregados no setor financeiro no Brasil 1989 - 1996

Meses	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Janeiro	811.892	825558	748.949	696.874	681.614	670.117	632.761	568.786
Fevereiro	813.076	825081	745.564	694.839	680.638	668.917	629.251	564.152
Março	811.542	826244	739.578	694.800	678.962	666.743	623.749	559.765
Abril	810.958	821843	734.806	693.684	678.085	664.452	622.060	555.232
Mai	811.930	810419	732.026	692.588	676.779	661.906	616.847	547.715
Junho	813.501	794897	731.925	691.266	676.052	659.291	611.751	532.003
Julho	816.143	778699	723.279	689.244	676.549	657.233	592.280	528.182
Agosto	814.206	771331	717.914	687.827	677.884	653.272	588.927	526.093
Setembro	815.249	768287	714.089	687.843	677.574	651.022	585.350	521.939
Outubro	818.580	763105	708.751	686.376	676.369	646.236	581.758	518.714
Novembro	822.688	758466	703.729	684.171	673.438	641.302	577.436	513.861
Dezembro	824.316	753636	700.217	682.304	671.740	637.647	571.582	497.108

Fonte: Cadastro Geral dos Empregados e Desempregados (Lei 4.923/65). Elaboração: Dieese-Seeb/Rio.

As demissões nas empresas financeiras decorrem dos altos investimentos nos produtos tecnológicos, computadores que executam complexas equações e na telecomunicação. A substituição dos trabalhadores pela máquina apresenta maior produtividade, redução de custos e de mão-de-obra e maiores lucros. Embora o número de trabalhadores continue a declinar, a produtividade da empresa financeira está subindo aceleradamente, basta verificar que os maiores lucros apresentados no ano de 2005 foram das empresas financeiras.

Além da substituição do trabalhador pela máquina, o desemprego aumentou a cada segundo com a entrada do contrato de trabalho parcial e temporário. Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (2000, p. 145),

"Em consonância com a onda flexibilizante de princípios trabalhistas, foi promulgada em 21.01.98 a Lei nº 9601 (regulamentada pelo decreto nº 2.490, de 04.02.98), que criou uma nova forma de contratação com duração determinada, a que denominamos contrato de duração precária (apesar de boa parte da mídia denominá-lo equivocadamente contrato provisório, contrato precário e contrato temporário, denominações enganosas por levarem à conclusão com o contrato criado pela Lei nº 6.019/74, completamente distinto)."

O contrato temporário não soluciona e tampouco sana o desemprego no Brasil, mas sim, cria uma precariedade nas contratações laborais, pois o trabalhador deixa de ter uma certa "estabilidade" e provoca a redução do salário, haja vista que a proteção da normatização trabalhista dada ao contrato de trabalho por prazo indeterminado é maior.

Além disso, o contrato temporário tem a sua importância dentro do sistema legal trabalhista, mas não sana esse efeito (desemprego) da globalização. Talvez o principal remédio para amenizar esse efeito seja a intervenção política. Os governantes devem inserir programas educacionais eficientes para qualificar as pessoas encontradas no desemprego e preparar os jovens a nova ordem posta. O papel da educação é fundamental para a

qualificação dos indivíduos, pois contribui para formar uma mão-de-obra especializada capaz de obter maiores salários e melhor se adequar ao mercado de trabalho.

No Brasil, constataram-se menores índices de desemprego nas regiões que possuem trabalhadores mais qualificados. Segundo IBGE ²⁷:

"... entre 1992 e 1997, mostrou um quadro de melhoria do nível de qualificação do trabalhador. Houve diminuição da população ocupada, em geral, nos grupos de menor instrução (sem instrução e menos de 1 ano e de 1 a 3 anos de estudo). A Região Nordeste apresentou decréscimo, para homens e mulheres, de 5,9 p.p. (pontos percentuais) dos não-alfabetizados (sem instrução e menos de 1 ano), seguida da Região Centro-Oeste (4 p.p. para as mulheres e 3 p.p. para os homens).

A Região Nordeste historicamente apresenta um nível de instrução que se situa aquém daquele do restante do País, mas vem registrando um quadro de melhoria nos últimos anos. A expectativa é de que a queda na proporção da população ocupada não-alfabetizada nesta região possa sofrer uma modificação ainda mais acentuada, em vista do forte investimento público em políticas educacionais. No entanto, este não é um processo que aconteça muito rapidamente, até porque a educação dos filhos sofre a influência do nível de instrução dos pais.

Embora o grupo de maior nível de instrução apareça com proporção crescente em todo o Brasil, este comportamento é mais significativo nas regiões mais industrializadas (Regiões Sudeste e Sul) e naquela em desenvolvimento industrial (Região Centro-Oeste).

As pessoas ocupadas com nível superior incompleto apresentaram incremento significativo em todas as regiões. O crescimento do nível de instrução formal do trabalhador brasileiro parece indicar que o mercado de trabalho está cada vez mais exigente e seletivo.

Os resultados para o País como um todo mostraram que o maior contingente da população ocupada tem de um a três anos de estudo, o mesmo ocorrendo em nível regional. Exceção aparece na Região Nordeste, em que o grupo sem instrução representa 38,2% da população ocupada.

Evidencia-se a predominância da população ocupada com o 1º grau incompleto, que se faz mais intensa na Região Sul com um percentual de 41,4% (1997), seguida das Regiões Centro-Oeste e Sudeste."

Dessa forma, o desemprego no Brasil tende a aumentar com a globalização, pois o sistema de produção imposto aos trabalhadores provoca a diminuição da proteção nas relações

²⁷ http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/mapa_mercado_trabalho/mapa_mercado_trabalho.pdf - Acesso 19/02/06.

laborais. A flexibilização das normas não acabará com o desemprego, haja vista que o problema do desemprego não está no escopo jurídico, mas sim nos entraves políticos, sociais, econômicos e culturais de cada país. O desemprego ou desenvolvimento de uma sociedade não pode ser observado de modo isolado, somente no campo jurídico, pois não compreenderá a sua real dimensão. Ressalta-se, todavia, que não basta proclamar ou proteger o direito ao trabalho, como diz Norberto Bobbio, mas depende de um certo desenvolvimento da sociedade, buscando um direito universalizado à atenção, promoção e proteção daqueles que trabalham, independente de sua forma de inserção no processo produtivo. A educação é o ponto de partida não só para redefinir estratégias para enfrentar os dilemas da sociedade contemporânea, promovendo a qualificação dos trabalhadores dentro e fora do mercado de trabalho, dentro de uma perspectiva de imediata solução, mas também, na preparação dos filhos daqueles trabalhadores que almejam em dia, ter condições dignas de trabalho na nossa sociedade.

CAPÍTULO 4. Organização Internacional do Trabalho - OIT

Diante das novas formas de produção e de trabalho na globalização, procuramos estabelecer a importância da Organização Internacional de Trabalho aos direitos de proteção dos trabalhadores.

O Tratado de Paz assinado em Versalhes em Junho de 1919 criou a Agência mais antiga do Sistema das Nações Unidas, denominada como Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Brasil é membro fundador da OIT e participa das Assembléias da Organização. Segundo, Arnaldo Sússekind (1994, p. 17),

"A conferência de Paz de 1919 aprovou o tratado de Versailles, cuja Parte XIII dispôs sobre a criação da OIT e enunciou os princípios gerais que deveriam guiar a política da Sociedade das Nações no campo do Trabalho"²⁸

O surgimento da OIT representou uma inovação no Direito Internacional, com uma forma original e avançada para a época. A internacionalização dos princípios e das normas de proteção do trabalho buscou as aspirações ideológicas dos diversos países Europeus. Sússekind entende que,

"a tese da internacionalização das normas de proteção do trabalho já havia obtido expressiva ressonância quando a Conferência da Paz se instalou no Palácio de Versailles. Lançada pelo industrial socialista da Grã-Bretanha Robert Owen (1818), ampliada pelo professor da Sorbone Louis Blanqui (1838), defendida pelo industrial alsaciano Daniel Legrand (1841), incluída no Manifesto socialista de Marx e Engels (1848) e advogada pelo Papa Leão XIII na Encíclica Rerum Novarum (1891), inúmeros foram os conclaves que sobre o tema se realizaram. No âmbito governamental, cumpre destacar o Congresso de Berlim (1900) e as conferências de Berna (1905, 1906 e 1913), dos quais resultaram as primeiras convenções internacionais do trabalho" (1994, p. 18).

A participação de representantes dos empregadores e dos trabalhadores, colaborando em pé de igualdade com os representantes dos Governos, tendo em vista a procura de consensos para promover o bem comum – tripartismo ou cooperação tripartida – constitui um traço distintivo da OIT em relação às demais Organizações das Nações Unidas. Além disso, o jurista Sússekind destaca que,

"A estrutura com que foi instituída a OIT ainda prevalece: Conferência Internacional do Trabalho (assembléia geral), Conselho de Administração

²⁸ Para Sússekind, o Brasil, como um dos países vitoriosos na primeira guerra mundial, foi um dos vinte e nove signatários do Tratado de Versailles e, portanto, membro fundador da OIT. (1994, p.17)

(direção colegiada) e Repartição Internacional do Trabalho (secretaria técnico-administrativa). E o tripartismo então adotado - talvez como contingência histórica - constitui, ainda hoje, um dos pilares da entidade."(1994, p.19)

Vale destacar também, que em Maio de 1944, a Conferência Internacional do Trabalho (a assembléia-geral da Organização) reunida em Filadélfia, nos Estados-Unidos, aprovou uma declaração relativa aos fins e objetivos da OIT, conhecida pela Declaração de Filadélfia ²⁹.

Numa época do pós-guerra e da reconstrução, a Declaração reafirma os princípios orientadores da OIT, nos quais se deveria inspirar a política dos países membros. Os princípios são³⁰:

- o trabalho não é uma mercadoria;
- a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;
- a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos;
- todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais.

Tendo em conta esses princípios, a OIT definiu quatro objetivos estratégicos que orientam atualmente a sua ação ³¹:

- promover e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho;
- desenvolver as oportunidades para que os homens e as mulheres tenham um emprego digno;

²⁹ <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm>. Acesso em 06/04/2006.

³⁰ <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm>. Acesso em 06/04/2006.

³¹ <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm>. Acesso em 06/04/2006.

- alargar a protecção social;
- reforçar o tripartismo e o diálogo social.

Em 1998, foi aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. A Comunidade internacional assume a obrigação de aplicar, promover e respeitar as convenções essenciais da OIT relativas aos direitos fundamentais no trabalho, ou seja: Convenção (nº 29) sobre o trabalho forçado, 1930; Convenção (nº 105) sobre a eliminação do trabalho forçado, 1957; Convenção (nº 87) sobre a liberdade sindical e a protecção do direito sindical, 1948; Convenção (nº 98) sobre o direito de organização e de negociação colectiva, 1949; Convenção (nº 100) sobre a igualdade de remuneração, 1951; Convenção (nº 111) sobre a discriminação (emprego e profissão) 1958; Convenção (nº 138) sobre a idade mínima, 1973; Convenção (nº 182) sobre as piores formas de trabalho infantil, 1999 ³².

Ressalta que as convenções internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT e os países convencionados devem adoptá-las dentro dos preceitos ou limites constitucionais. E, a competência para celebrar os tratados e convenções no Brasil é a União, sendo que o Presidente ratificará as diretrizes legais da convenção e o Congresso Nacional terá a tarefa de aprovar, buscando a normatização da protecção do trabalhador dentro da realidade social e econômica do país, com intuito na minimização dos conflitos de interesses entre os empregados e empregadores.

Para Mascaro,

"a internacionalização do direito do trabalho é altamente recomendável dentro de certos pressupostos, não só pelo aspecto de unidade de tratamento jurídico de protecção ao trabalhador, mas também como modo de realização de um ideal de paz e entendimento entre os povos, bem como para a maior facilidade de migração de mão-de-obra entre os diversos países." (1995, p.69)

Dessa forma, Convenções declaradas pela OIT constituem um instrumento ao serviço de um desenvolvimento capaz de conciliar o progresso econômico e a protecção social dos

³² <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm>. Acesso em 06/04/2006.

trabalhadores. O alargamento da proteção internacional deve andar na mesma velocidade dos avanços tecnológicos e nas novas formas de produção, apesar das diferenças culturais, econômicas, políticas e sociais. Se a economia globalizou, a proteção social deve ser amparada na esfera internacional, atendendo às novas exigências impostas pelo sistema econômico, promovendo e implantando regras e principalmente princípios de proteção em todos os países que interagem com a economia globalizada.

A internacionalização da legislação do trabalho merece a devida importância no cenário da globalização, haja vista que os países signatários da OIT já consolidaram o princípio da dignidade humana como fonte de proteção ao trabalhador. O jurista mexicano Santiago Barajas Montes de Oca salienta que,

"La Declaración Universal de los Derechos del Hombre es el primer documento de la época contemporánea que ha reconocido el derecho de todo ser humano al trabajo, a la libre elección de éste y a la protección contra el desempleo. Se le reconoce además, en unión de su familia, el derecho a una existencia digna, a un nivel de vida que le asegure y garantice la salud, el bienestar, la alimentación, el vestido y la vivienda. Para el trabajador, lo más importante es la oportunidad de ganarse la vida mediante una ocupación elegida libremente, el derecho a disfrutar condiciones de trabajo equitativas u satisfactorias que no deriven en la explotación económica y social, así como el derecho a la seguridad social que le permita el más índice de salud física y mental. Idénticos son los principios de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre Progreso Social y Desarrollo, donde se indica (art. 6º) que el desarrollo exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y elegir libremente, en tanto que el progreso social exige la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo, socialmente útil y ajustado a un régimen protector de los derechos humanos" (1995, p. 303).

Assim, sob a tutela da Organização Internacional do Trabalho, o princípio da proteção se exterioriza através do princípio da dignidade humana, proporcionando ao trabalhador direitos fundamentais para sua subsistência no século XXI. Diante disso, passaremos a dissertar sobre o princípio da dignidade humana e o direito do trabalho no próximo capítulo.

05º CAPÍTULO - O princípio da dignidade humana e o Direito do Trabalho

5.1. Uma reflexão acerca dos direitos Humanos em face ao direito do trabalho

Após a segunda guerra mundial, foi inserida a internacionalização dos direitos humanos para garantir os direitos indisponíveis ou básicos, em resposta aos genocídios e atrocidades cometidos por Hitler. Em 10.12.1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em Paris, preceituando direitos básicos do ser humano, inclusive em relação ao trabalho, conforme o artigo XXIII, senão vejamos: “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”³³.

A dignidade humana, para Kant (1997, p.69):

“o fundamento deste princípio é: a natureza racional existe com fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência”
... “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca, simplesmente como meio”.

Américo Plá Rodrigues (2004, p.74) acrescenta que:

“O homem não pode ser tratado como uma coisa: deve ser sempre respeitado por sua própria dignidade. De modo que, em matéria de quantidade de trabalho, de condições de trabalho, de remuneração de trabalho, há limites intransponíveis que todos devemos respeitar e fazer respeitar”.

³³ Outros direitos elencados no Artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” – “Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho” – “Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses”.

A definição do princípio da dignidade humana é uma tarefa complexa, pois nem mesmo a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, no seu artigo 2º, sabe definir com precisão, senão vejamos: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”. Nota-se que pode haver conotação de ordem subjetiva, moral, religiosa, jurídica, social e econômica. No entanto, o princípio, nesse contexto, não tem a função de conceituar, pois é um leme, um orientador no mecanismo jurídico.

Atualmente, deve-se rever o conceito de soberania no que tange os direitos fundamentais, pois a internacionalização dos direitos humanos deve passar da concepção ideológica de Thomas Hobbes, que se fundamenta na soberania centrada no Estado para a concepção ideológica de Kant, que busca a soberania centrada na cidadania universal. Na mesma posição, Norberto Bobbio (1992, p. 30) disserta: “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

A Constituição Federal brasileira de 1988 só acolheu o princípio da dignidade humana como preceito fundamental, conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como inseriu no seu texto os direitos sociais, pois esses direitos precisam de uma tutela mais específica, tendo em vista a sua vulnerabilidade diante do poder econômico. Além disso, a Carta Magna dispôs no artigo 170 a valorização do trabalho humano, assegurando a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Finalmente, conforme o artigo 193 do texto legal constitucional, o legislador busca uma ordem social, com base no trabalho e com o objetivo de alcançar o bem-estar e a justiça social.

Para ilustre Prof. Lafayette Pozzoli (2001, p.116),

"... todas as normas constitucionais, as que mais tipificam as idéias de imutabilidade e universalidade são concernentes aos direitos humanos. Não poderia ser diferente, uma vez que o valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, foi uma conquista que se integrou à tradição jurídica ocidental pela via do direito natural."

O jurista Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 121) salienta:

“A Constituição Brasileira incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo e o fez de maneira absolutamente moderna. Conferiu-lhe status multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo. Assegurou-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade humana. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano circundante”.

O princípio da dignidade humana se encontra no núcleo basilar dos princípios gerais do direito e o direito do trabalho faz parte desse núcleo, sendo um dos elementos mais importantes da condição de dignidade da pessoa.

O direito do trabalho se relaciona diretamente com os direitos civis, políticos econômicos, sociais e culturais. Veja que não basta uma garantia jurídica para concretizar a efetividade do direito do trabalho. Norberto Bobbio (1992, p. 45) aduz a respeito do direito do trabalho:

“não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica”.

No entanto, é certo que o estudo do direito do trabalho deve ser repensado, observando o princípio protetor, para ater um estudo jurídico ligado a uma realidade social, conectado às transformações econômicas, industriais, políticas internas e externas do nosso país.

A precariedade na relação laboral é um problema mundial, mas os países semi-periféricos (Brasil, México e Argentina) e periféricos (Bolívia e Paraguai) são os mais afetados, sendo que o trabalho humano não é garantido em toda a sua extensão. Ressalta-se que os direitos civis, políticos e sociais não foram acolhidos na sua plenitude pelos trabalhadores. Já nos países considerados centrais ou desenvolvidos, o acesso aos direitos civis, políticos e sociais são alcançados com mais eficácia. No setor econômico, não é diferente esse panorama, sendo que os trabalhadores e sindicatos dos países subdesenvolvidos atravessam uma crise sem precedentes, tendo em vista os efeitos da globalização, ou seja, a flexibilização das normas, a descentralização produtiva com a terceirização de parte da atividade econômica, ganho das prestações de serviços e perda dos contratos laborais, aumento do desemprego dos trabalhadores menos qualificados, resultando o esvaziamento das suas proteções jurídicas. Ricardo Antunes (2000, p. 151) retrata a crise que assola a classe trabalhadora:

“É visível a redução do operário fabril, industrial, gerado pela grande indústria comandada pelo binômio taylorismo-fordismo, especialmente nos países capitalistas avançados. Porém, paralelamente a este processo, verifica-se uma crescente subproletarização do trabalho, através da incorporação do trabalho precário, temporário, parcial etc”.

O desemprego, nos países desenvolvidos, nas décadas de 1980 e 1990, demonstraram que houve uma redução do número de greves e o aumento da violação do direitos humanos, através das manifestações de racismo e xenofobia. Ricardo Antunes (2000, p. 152) visualizou nos países desenvolvidos, crescentes casos de violação dos direitos humanos, senão vejamos:

“Aumentam os casos de corporativismo, xenofobia, racismo no seio da própria classe trabalhadora. Tudo isso permite constatar que o movimento sindical encontra-se numa crise de proporções nunca vistas, atingindo com intensidade, na década de 1980, o sindicalismo nos países avançados e que, na viragem de 1980 para 1990, atingiu diretamente os países subordinados, especialmente aqueles dotados de um parque produtivo relevante, como é o caso do Brasil.”.

Isso se verifica também no declínio do número de greves, senão vejamos:

Quadro 04

Anos	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
Países							
Brasil	2.369	1.954	3.164	1.846	659	437	-----
Canadá	668	548	627	579	463	404	381
EUA	46	40	51	44	40	35	35
Coréia do Sul	3.749	1.873	1.616	322	234	235	144
Dinamarca	202	157	132	232	203	151	-----
Espanha	1.576	1.279	1.094	1.312	-----	1.360	1.209
Finlândia	791	1.327	606	450	270	165	125
Irlanda	80	65	38	49	54	38	-----
Itália	1.149	1.769	1.297	1.094	791	903	-----
Holanda	28	38	27	29	28	23	12
Inglaterra	1.016	781	701	630	369	253	211
Austrália	1.517	1.508	1.402	1.193	1.036	728	610
Nova Zelândia	193	172	155	127	68	47	51

Fonte: (FARIA, p.240, 1999)

Verifica-se que, quanto maior a taxa de número de desempregados, menor a resistência através das greves organizadas pelos sindicatos perante o poder econômico liberal. O trabalhador fica vulnerável à exclusão da economia formal quando há elevados índices de desempregos e não procura solidarizar com as manifestações sindicais por temer o desemprego como retaliação, abrindo uma porta para precarização do trabalho e uma massa de excluídos dentro de uma sociedade.

A Constituição Federal de 1988, apesar de reconhecer os direitos sociais no artigo 7º e incisos, flexibilizou alguns direitos trabalhistas. Só para exemplificar, pode constar a

flexibilização nos seguintes incisos: inciso VI, irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; inciso XIII, duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; inciso XIV, jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. É claro que a flexibilização depende da participação efetiva dos sindicatos, mas esses entes estão perdendo resistência contra o poder econômico global, como já constatado no declínio das greves no quadro 02.

Atualmente, os sindicatos estão mais preocupados em preservar os empregos dos seus filiados do que mostrar resistência diante dos efeitos negativos da globalização. O neoliberalismo contradiz com a sua própria existência, pois cria uma desigualdade nefasta, trazendo consigo a flexibilização, e conseqüentemente, “essas transformações abriram caminho para a deslegalização das normas protetoras dos trabalhadores, despolitizando as relações de trabalho e as reduzindo a uma simples ordem de troca” (Faria, 1999, p. 229).

A inserção precoce e criminosa de crianças no mercado de trabalho no Brasil é outro exemplo da violação dos direitos humanos, apesar de haver leis que amparam o menor, senão vejamos: o decreto nº 4.134, de 25.04.2002 promulgou a Convenção nº. 138 da OIT, bem como sua Recomendação nº. 146, tendo por objeto a erradicação do trabalho infantil. O artigo 403 da CLT concilia com a Convenção nº 138 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 4134, de 15.02.2002.

Além disso, com a formação dos blocos econômicos internacionais, com a tendência da proteção do menor é evidente e deverá ser mais uma arma contra a violação dos direitos

humanos, constituindo um direito fundamental, como podemos constar na Carta Dos Direitos Fundamentais da União Européia:

“Articolo 32 – Diritto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro: Il lavoro minorile è vietato. L’età minima per l’ammissione al lavoro non può essere inferiore all’età in cui termina la scuola dell’obbligo, fatte salve le norme più favorevoli ai giovani ed eccettuate deroghe limitate. I giovani ammessi al lavoro devono beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro instruzione” (2000, p. 25).

No entanto, não basta somente a inserção jurídica para tutelar o menor, pois a sociedade precisa de uma política econômica, cultural, educacional e social efetiva, abrangente e continuada, tendo em vista que onde mais se encontra trabalho infantil é onde se encontra a omissão de Estado e, conseqüentemente, a miséria.

O trabalho infantil é uma terrível violação aos direitos humanos que deve ser sanada. As ocupações mais comuns, em que se encontra trabalho infantil, são nas olarias, no trabalho doméstico, nas carvoarias, na agricultura e na construção civil.

Esse breve comentário sobre o direito do trabalho correlacionado com o princípio da dignidade humana é apenas um grão de areia na imensidão de um deserto, sendo impossível esgotar o assunto nesse presente trabalho.

5.2. A garantia efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações laborais

A razão natural do princípio da dignidade humana existe com fim em si, segundo concepção “Kantiana” e devemos lembrar a evolução dinâmica e constante do homem. Não sabemos se progresso econômico será infinito ou finito, mas sabemos que teremos que percorrer um caminho pacificador de conflitos de interesses dentro da sociedade contemporânea. Como visto no texto, o direito do trabalho está inserido nesta evolução, em estado de metamorfose e busca condições dignas diante dos efeitos da globalização.

O direito do trabalho foi pensado em favor dos trabalhadores, tendo como cerne o princípio da dignidade humana e o princípio protetor do hipossuficiente, assim como existe uma intensa gama de normas internacionais e nacionais para regular o trabalho. Esse universo normatizado deve agir com toda plenitude, ou seja, deve procurar a efetividade desses direitos. Além disso, Rodriguez (2004, p. 80) salienta o seguinte:

“todo o direito do trabalho nasceu sob o impulso de um propósito de proteção. Se este não tivesse existido, o direito do trabalho não teria surgido. Surgiu com o preciso objetivo de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos”.

Segundo Kant (2003, p. 25), “um princípio que converte certas ações em deveres é uma lei prática”. Assim, não só os princípios da dignidade humana, bem como o princípio protetor do trabalhador, buscam aplicações com a máxima³⁴ plenitude possível.

O poder executivo e legislativo deve-se ater à efetividade³⁵ prática da norma, buscando sempre a dignidade humana como fim e nunca como meio, combatendo no plano real o

³⁴ Para Kant (2003, p. 26), uma máxima é um princípio subjetivo de ação, um princípio que o próprio sujeito converte em sua regra (como ele deseja agir); um princípio de dever, por outro lado, é um princípio que a razão a ele prescreve absolutamente e, assim, objetivamente (como ele deve agir).

³⁵ Para Luís Roberto Barroso (2002, p. 85), “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.

trabalho escravo, o trabalho do menor, dentre outras violações. No que tange o trabalho numa visão mais abrangente, a omissão do Estado, por falta de políticas eficazes, proporciona graves problemas sociais, como por exemplo, o desemprego, trabalhos precários, informais, a flexibilização das normas etc.

No Brasil, as diretrizes políticas que visam à erradicação da desigualdade e discriminação não são suficientes e falta uma fiscalização dos órgãos competentes para verificar a situação do trabalho, principalmente no Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país. Segundo informe da Organização Internacional do Trabalho (2003), a desigualdade e a discriminação persistem ainda no Brasil:

“para enfrentar las desigualdades y formas de discriminación existentes em Brasil, se requiere de um esfuerzo concertado y transversal, em el que las dimensiones de género y raza adquieran protagonismo em las política públicas para abatir la pobreza, mejorar la cobertura y calidad de la educación, generar empleo y elevar los ingresos. Junto con esto es igualmente necesario el pleno respeto y aplicación de las normas internacionales de trabajo así como de la legislación nacional que existe y se está desarrollando en Brasil para avanzar hacia la eliminación de la desigualdad y de todas las formas de discriminación”.

A garantia efetiva da dignidade humana deve ser relacionada com uma política capaz de reduzir a miséria e que busque uma sinergia de investimentos na área de educação, saúde, saneamento básico e empregos. Além disso, um requisito fundamental para eliminação da desigualdade é a efetiva aplicação da norma, bem como, a fiscalização do trabalho. Ressalta-se também, que as associações de bairros, associações de classes, ONGs, movimentos das mulheres e negros devem participar de mecanismos de ações contra as injustiças sociais.

Em pleno século XXI, o desafio do direito do trabalho não é somente tutelar às relações laborais no âmbito do direito material e do direito processual, mas sim interagir com

outros ramos da ciência (economia, política, filosofia etc), tendo em vista que, em cada segundo, o setor produtivo se reestrutura para alcançar novos mercados, conseqüentemente, surgindo novas colisões na estrutura do trabalho, ou seja, a realidade social, subordinada a fatores intrínsecos e extrínsecos, dá uma nova dimensão à ordem jurídica posta, já que esta tem que se adaptar à modificação que ocorre no plano factual impondo uma nova visão acerca do direito do trabalho.

Com a chegada de um sistema econômico ágil e complexo, que ultrapassa as fronteiras intercontinentais, o dogmatismo jurídico brasileiro não pode ficar estático e esperar a desigualdade social prevalecer diante de um novo sistema de produção. O Estado democrático contemporâneo tem o desafio não só de compensar o desequilíbrio causado pela busca do mercado comercial, como também dar condições dignas aos trabalhadores e sanar os problemas sociais.

O jurista Arion Sayão Romita (2003, p. 212) acredita que:

“a democracia é a única forma de limitar o mercado e dar poder de pressão aos excluídos. Dentro dos parâmetros da democracia representativa, urge realizar os anseios da democracia participativa, com a criação de mecanismos de distribuição de renda e da realização do ideal do pleno emprego”.

Acreditamos também nesta concepção, mas devemos acrescentar condições dignas e iguais para todos, pois sem essas condições, o cidadão universal é vulnerável a qualquer forma de governo. Os efeitos da globalização transcendem qualquer fronteira ou sistema de governo, daí a necessidade de um princípio universal e orientador (dignidade humana) para acompanhar as transformações da sociedade, ponderando as colisões de interesses (econômico e trabalho).

Quando existir uma colisão de interesses fundamentais, é necessário buscar um ponto de equilíbrio, ponderando e harmonizando as diferenças existentes no caso concreto. Segundo Canotilho,

"A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto e ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso" (1999, p. 1108)

Diante dessas informações, podemos seguir alguns critérios para harmonizar os interesses fundamentais. Segundo Canotilho, sob o aspecto do direito Constitucional econômico;

"O princípio da democracia social e econômica, que na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição³⁶, constitui um limite e um impulso para o legislador. Como limite, o legislador não pode executar uma política econômica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como impulso, o princípio da democracia econômica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgão concretizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição. Esta política, como demonstra J. Rawls, tanto pode ser de rariz liberal-social (não socialista) como de natureza social-democrata (com alguns acenos socializantes), desde que se proponha otimizar as expectativas dos menos favorecidos em condições de uma justa igualdade de oportunidades (1999, p. 333/334). (grifo nosso)

Já no aspecto Constitucional do trabalho, Canotilho (1999, p. 334) disserta o seguinte:

³⁶ Canotilho refere-se a Constituição portuguesa.

"A Constituição³⁷ não dedica qualquer capítulo especial a uma <<constituição do trabalho>>. Isto posto compreende-se por dois motivos fundamentais: (1) dados os preceitos constitucionais do trabalho se conduzirem a normas de garantia de direito ao trabalho, do direito de trabalho e dos direitos dos trabalhadores, a Constituição vincou a sua inequívoca dimensão subjetiva e o seu caráter de <<direitos fundamentais>>, deslocando esses preceitos para o capítulo referente a direitos fundamentais; (2) superando a tendência clássica (com justificação histórica) para caracterizar o direito de trabalho como simples direito de proteção (<<orientação protectiva>> no direito do trabalho), a Constituição erigiu o <<trabalho>>, os <<direitos dos trabalhadores>> e a << intervenção democrática dos trabalhadores>> em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social (cfr. Art 2º).

Assim, considerando as tais premissas, podemos chegar à conclusão de que os interesses econômicos e os interesses dos trabalhadores devem ser interpretados num contexto geral no sistema democrático brasileiro, haja vista que a Constituição Brasileira prevê não somente os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como prevê a garantia dos princípios gerais da atividade econômica (conforme art. 1º e 170º da CF). Inclusive, no art. 4º, parágrafo único da Carta Magna, dispõe que o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, harmonizado tais interesses no direito internacional.

Todavia, deve observar que a Constituição Federal adota nas suas diretrizes fundamentais a prevalência dos direitos humanos, como prevêm os artigos 1º (dignidade da pessoa humana) e 4º (prevalência dos direitos humanos³⁸). Assim, o objeto da presente pesquisa estabelece uma estreita correlação com o princípio da dignidade humana, pois os dois institutos jurídicos visam ao mesmo objetivo, ou seja, garantir a dignidade.

³⁷ Canotilho refere-se a Constituição portuguesa.

³⁸ O Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção América sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Nessa perspectiva, a tendência do princípio da proteção no século XXI tem como um dos fundamentos a dignidade do trabalhador, dessa forma é justificável o seu valor. Por outro lado, a flexibilização não possui valor-fonte de dignidade humana, pelo contrário, é um mecanismo econômico (fenômeno) criado por um sistema político-econômico (neoliberalismo), sendo que esse mesmo sistema (liberalismo) influenciou o surgimento do direito do trabalho (justificadora histórica - Teoria Clássica), para coibir os seus abusos.

Os direitos fundamentais do homem, no qual está inserido o trabalhador, devem ser garantidos incondicionalmente, posicionado-os contra os abusos desta nova economia contemporânea. Não só o direito do trabalho, mas também o direito social, vivem em metamorfose diante dos acontecimentos atuais, mas devem garantir o mínimo para o trabalhador, para não colocá-lo numa situação de escravo da globalização, principalmente nos países periféricos e semi-periféricos, assim como devem minimizar os seus efeitos negativos, dando condições de trabalho dignas. Miguel Reale (1996, p. 143) sustenta que:

“pode parecer paradoxal, mas é substancialmente verdadeira a afirmação de que, quanto mais são vertiginosas as mutações resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico, mais ainda se impõe o encontro de soluções serenamente baseadas no primado da razão tendo como referencial a integralidade da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores e direitos universais, por ser o homem o único ente cujo ser é o seu dever ser”.

Assim, a concepção da dignidade humana deve se aplicar em todos os sentidos ao trabalhador e o Estado deve assegurar esse desenvolvimento sustentável, equilibrando os distúrbios causados pelos mercados (externo e interno) e promovendo a igualdade social, descendo do plano ideal ao plano real e efetivo.

CONCLUSÃO

Em virtude da globalização, a reflexão sobre a ciência jurídica tornou-se uma exigência em face aos aparecimentos de questões que a sua própria evolução a colocava, por não encontrar respostas nos quadros tradicionais. Novas formas de produção e de trabalho surgiram, no entanto o direito deve ser identificado como justo, não devendo ser utilizado como artifício pelas classes dominantes.

Os obstáculos sociais e jurídicos da globalização nasceram do discurso neoliberal, que reafirmou a velha lei da oferta e procura, justificando-a como solução de todos os problemas de uma nação ou blocos econômicos, reforçando o papel do mercado como remédio para todos os males. Todavia, os países ricos, que propagam essa teoria, não praticam uma livre economia de mercado, pois concedem subsídios aos setores econômicos (agrícola, siderurgia, etc), gerando mais empregos estáveis.

Além disso, o modelo neoliberal acredita também na mínima intervenção estatal, mas, na prática, no que se refere ao princípio protetor, a minimização da interferência estatal prejudica o equilíbrio na relação laboral, possibilitando mais acúmulo do capital e menos direitos ao empregado, haja vista a inferioridade do último.

Constata ainda que, no mundo contemporâneo, existem dois grupos de empregados. O primeiro grupo são os empregados mais qualificados, com bons salários e perspectivas de carreira. Geralmente têm mobilidade funcional e têm disponibilidade para fazer horas-extras. O segundo grupo são os empregados das atividades-meio, ou seja, os menos qualificados, que trabalham em tempo integral e ganham salários baixos. A rotatividade é grande e as perspectivas de carreiras são mínimas.

Diante do segundo grupo, verifica-se que o temor do desemprego leva o empregado à condição ínfima, fator esse que enfraquece a mobilização dos empregados, conseqüentemente, as entidades sindicais enfraqueceram nas reivindicações laborais. Na mesma tangente, a livre negociação das entidades sindicais, sem a proteção do Judiciário especializado, não justifica o modelo neoliberal, pois com a perda das reivindicações sindicais, os sindicatos se encontraram vulneráveis e, em decorrência disso, perderam os seus direitos.

Nenhum instituto de conservação do pensamento deve permanecer diante das transformações econômicas, sociais, políticas e culturais. Todavia, o modelo conservador do neoliberalismo não engana o observador menos avisado e os efeitos negativos da globalização não podem ser justificados para precarizar os direitos dos empregados. Daí a necessidade de propor uma análise crítica no pensamento jurídico. A participação de novas alternativas epistemológicas, no direito, contribui para minimizar as perturbações que se encontram no princípio protetor.

O princípio protetor não foi colocado em xeque à luz da globalização, muito menos deixou de ser a base do direito do trabalho. Não se podem confundir regras trabalhistas com o princípio protetor, haja vista que este serve como um leme, orientador das regras trabalhistas já existentes, dos julgados, da elaboração de uma lei feita pelos órgãos competentes, dos acordos e convenções coletivas, na fiscalização do trabalho e nas convenções internacionais. A regra, por sua vez, poderá ser alterada para atender às novas aspirações econômicas, sociais e culturais, desde que os contratos de trabalho, individual ou coletivo, sejam justos. Nenhuma forma de diminuição do empregado, tanto na esfera material, quanto na esfera física e psíquica, servem para justificar qualquer modelo de produção e acúmulo de capital. Daí a importância da proteção, pois atenderá à dignidade do empregado.

Da análise empreendida no presente trabalho foi possível identificar que, enquanto durar o trabalho humano, durará o princípio protetor do trabalho, considerando que vários fatores sustentam e sustentarão a sua existência. Serão enumerados os pontos relevantes justificadores da dissertação:

01. As conquistas históricas dos trabalhadores, no que tange as suas reivindicações individuais e coletivas. Não basta olhar o passado para ratificar a proteção dos trabalhadores, haja vista que nasceram novos obstáculos na busca da harmonização da relação laboral e, portanto, novas demandas de proteção serão exigidas. No entanto, a história rege os destinos da sociedade futura.

02. As conquistas históricas reconhecidas pelo Estado e pela Justiça do Trabalho. O princípio protetor conseguiu o seu reconhecimento via normas infra-constitucionais (CLT e demais Leis esparsas) e pelas demais Constituições Brasileiras paulatinamente. No que toca à Justiça do Trabalho, com a sua descentralização para o interior do Brasil, constatou-se um aumento de processos, proporcionando aos empregados o acesso à Justiça.

03. A inferioridade do trabalhador frente ao empregador e o mercado econômico contemporâneo ainda persiste, considerando-se que as mudanças e as alternativas nas questões empresariais recaem sobre o elo mais fraco que são os trabalhadores e suas entidades representativas.

04. A inserção de tecnologias no ambiente de trabalho mudou a estrutura social do trabalho. O computador, a internet e os demais meios eletrônicos impulsionaram novos desafios à sociedade o que toca a questão do desemprego. Entretanto, os problemas não são as novas tecnologias, mas sim a falta de qualificação e a falta de acesso à educação, voltada às necessidades da atual conjuntura econômica. A omissão dos governantes na erradicação dos problemas básicos, (como por exemplos, o desvio orçamentário destinado à educação para alguns "privilegiados" e a corrupção), refletem na formação do cidadão brasileiro,

conseqüentemente o trabalhador não acompanhará as novas exigências das novas tecnologias e acarretará a violação dos seus direitos fundamentais.

05. A subordinação enfrenta novos desafios diante das novas formas de produção e de trabalho e foi diagnosticado um obstáculo epistemológico no vínculo de trabalho.

06. A licitude do monitoramento do empregado ao acesso à internet e do e-mail corporativo pelo empregador. No caso estudado, constatou-se que não existe uma legislação específica e pertinente à matéria, porém deverão ser aplicados, nesses casos, os princípios constitucionais e os princípios do direito do trabalho. Ressalta-se que cada caso deve ser analisado conforme as suas peculiaridades, observando que não deve comportar interpretações que acarretem a precarização do trabalho humano.

07. O princípio protetor assegura a pacificação social. O trabalho é pensado não como relação técnica de produção, mas como um suporte privilegiado de inserção na estrutura social. A proteção dada ao individuo trabalhador coloca-o na esfera da integração social. O isolamento social do trabalhador e a falta de participação em qualquer atividade produtiva poderão gerar alguns efeitos negativos, ou seja, a exclusão e a pobreza.

08. As conquistas históricas reconhecidas pelas Convenções Internacionais. A OIT, a principal fomentadora de declarações em favor ao trabalhador, que busca a humanização nas relações laborais no âmbito internacional, inclusive a OIT acolheu o princípio da dignidade humana como fonte de proteção ao empregado.

09. A Constituição Federal de 1998 reconheceu os direitos sociais, especificamente os direitos dos trabalhadores. Atualmente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 4º, inciso II, estampa os fundamentos dos tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Além disso, o Brasil não só ratificou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotados por Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas. Posteriormente, em 25 de setembro de 1992, o Brasil ratificou a convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada como Pacto de San José da Costa Rica. Em seguida, em 21 de agosto de 1996, ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado como Protocolo de San Salvador. Portanto, a Constituição Federal absorveu os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme se verifica no artigo 5º, § 1º, § 2º e § 3º, nos moldes da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/04, sendo certo, portanto, a relação do princípio protetor com o princípio da dignidade humana.

11. O princípio da dignidade humana, como princípio universal, deve ser aplicado nas colisões de interesses quando constatar a precariedade do trabalho humano. Não só a saúde física e mental, bem como a dignidade e o patrimônio do trabalhador não poderão ser reduzidos em nome da globalização. Além disso, esse princípio não atende só a ordem jurídica, mas sim a ordem econômica.

Portanto, os efeitos da globalização não alteram o princípio protetor, muito menos enfraquecem a sua utilização perante as novas formas de produção e formas de trabalho. Não poderia ser diferente, haja vista que esse princípio acompanha as mutações ocorridas no seio da sociedade, atendendo a realidade fática do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfose e a centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo, Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade de Campinas, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

Barroso, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O consenso de Washington: em defesa do interesse nacional**. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOXBERGER, Gerald; Klimenta, Harald. **As dez mentiras sobre a globalização**. São Paulo: Aquariana, 1999.

CAMPOS, Raymundo. **História do Brasil**. São Paulo: Editora Atual, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

POSO, Antonio. **Carta dei dirriti fundamental dell'Unione Europea**. Pisa, Itália: Edizione Ets, 2000.

DALAZEN, João Oreste. **O Empregador Pode Monitorar E-Mail de Empregado?** *Jornal do Advogado*, Ano XXXI, nº 299, p. 10, outubro de 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2001.

DIEESE. **Número estimado de empregados no setor financeiro no Brasil 1989 - 1996**. Rio de Janeiro.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2005

FOLHA DE SÃO PAULO. **Número de Processos Iniciados no País**. São Paulo: p. F1, 01/08/2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Empresa Demite 11 por Gravar Arquivo Pornô**. São Paulo: p. B15, 28/10/2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Globalização: com mão-de-obra barata, cidade na periferia de Fortaleza produzem para Diesel, Donna Karan e Outras**. São Paulo: p. B8, 13/11/2005.

FOLHA ONLINE. **Confira um Raio-X sobre a internet no Brasil**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.Br/folha/infomartica/ult124u18521.shtml>. Acesso em: 10/11/2005.

GOMES, Ângela de Castro. **Cidadania e direitos do trabalho**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GRUZINSKI, Serge. **A passagem do século: 1480-1520: As origens da globalização**. Companhia das Letras, 1999.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Sindicato: Evolução Histórica**. Unesp, Faculdade de Educação, Filosofia, Ciências Sociais e da Documentação. Marília. 1987.

HILTON, Japiassú e Danilo Marcondes. **Dicionário básico de filosofia**. 3ª Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Informe anual**. 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**, Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. **Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro 2003.

KOVAL, Boris. **História do Proletariado Brasileiro – 1857 a 1967**. Traduzido do Russo por Clarice Lima Avierina. São Paulo: Editora Alfa-Omega 1982.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAGANO, Octavio Bueno. **Política do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1992.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Empregador Pode Monitorar E-Mail de Empregado?** Jornal do Advogado, Ano XXXI, nº 299, p. 11, outubro de 2005.

MARTINS, José de Souza. **O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta.** São Paulo: Editora Hucitec, 1994.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2004.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo, Malheiros, 1996.

NAHAS, Thereza Christina. **Legitimidade ativa dos sindicatos: defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos no processo do trabalho, processo de conhecimento.** São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical.** Saraiva. São Paulo, 1989.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1995.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marx: ciência e revolução.** São Paulo, Moderna; Campinas, SP: Editora da Universidade de Capinas, 2000.

NETO, José Francisco Siqueira. **Direito do Trabalho e Globalização – Particularidades Nacionais.** In: Sundfeld, Ari Carlos; Vieira, Oscar Vilhena (Coordenadores). Direito Global. São Paulo: School Of Global Law; Editora Max Limonad, 1999.

OCA, Santiago Barajas Montes de. **Conceptos Básicos Del Derecho del Trabajo.** México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

PINHEIRO, Paulo Sérgio e Hall, Michael M.. **A Classe Operária no Brasil, 1889-1930. Documentos Vol. II.** São Paulo: Editora Brasiliense S.A. e FUNCAMP, 1981.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Repertório de Conceitos Trabalhista**, v. I. São Paulo: LTr, 2000.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo. Edições Loyola, 2001.

RIFKIN, Jeremy. **O Fim dos Empregos: O contínuo Crescimento do Desemprego em todo o Mundo**. São Paulo: M. Books, 2004.

RODRIGUEZ, Martins Leôncio. **Conflito Industrial e Sindicalismo no Brasil**. Editora Difusão Européia do Livro, São Paulo, 1966.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

REVISTA GLOBO RURAL. **Agora, é o crescimento que gera o crescimento do desemprego**". Disponível em: <http://globorural.globo.com/barra.asp?d=/especiais/bau/bau3.htm>. Acesso em: 07/nov/2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REDINHA, Maria Regina Gomes. **A Relação Laboral Fragmentada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RICCIARDI, Mario. **Globalização e Sindicatos**. In: Diana de Lima e Silva, Edésio Passos (orgs.). Impactos da Globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa. São Paulo: Ltr, 2001.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do Trabalho e Internet: Aspectos das novas tendências das relações de trabalho na "Era Informatizada"**. São Paulo: Leud, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: Editora LTr, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J.. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. São Paulo: Ltr, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Moral na Dispensa do Empregado**. São Paulo: Ltr, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Liuz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SINGER, Paul. **Globalização e Desemprego: Diagnósticos e alternativas**. São Paulo: Contexto, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii.. **Instituições de Direito do Trabalho**, 12ª ed., I volume. São Paulo: LTr, 1991.

_____. **Instituições de Direito do Trabalho**, 16ª ed., II volume. São Paulo: LTr, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: Ltr, 1994.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 02ª REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

VIANA, Marcio Túlio. **A Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado – O Direito do Trabalho no Liminar do Século XXI**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: n. 37, 2000.

www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/mapa_mercado_trabalho/mapa_mercado_trabalho.pdf - Acesso em: 19/02/06

www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm. Acesso em 06/04/2006.

ENTREVISTA

➤ Objetivo da entrevista

É a obtenção de informações do entrevistado, sobre as condições atuais das relações trabalhistas no Brasil, especificamente acerca dos efeitos da globalização perante o princípio protetor do trabalhador.

➤ Entrevistando

Leonardo de Gênova

Mestrando em Direito pela UNIVEM (Faculdade de Direito de Marília).

Orientador: Lafayette Pozzoli.

Tema da dissertação: *Os efeitos da globalização perante o princípio protetor do trabalhador no Brasil.*

➤ **Entrevistado**

Prof. Dr. Oris de Oliveira

Professor de Direito do Trabalho (USP e UNESP) e Juiz do Trabalho.

01. Quais são os efeitos da introdução da revolução tecnológica sobre os trabalhadores?

A internet causou algum impacto nas relações de trabalho? Fundamente.

RESPOSTA

Respondo a pergunta sobre efeitos da revolução tecnológica sobre processo produtivo. Na história do processo de produção contemporâneo e posterior à Primeira Revolução Industrial impôs-se uma adequação profissional correspondente. Todo trabalhador (não unicamente o que trabalha em regime de emprego) tem que se adaptar qualificando-se ou re-qualificando em sintonia com processo produtivo, sem o que perde a “empregabilidade”.

A internet possibilitando tudo em “tempo real” não poderia deixar de afetar o processo produtivo exigindo uma adequação da mão de obra. Hoje o “analfabete” não tem lugar no mercado de trabalho. Exemplificando:- o teletrabalho executado em regime de emprego ou de modo autônomo.

Todavia, como toda técnica, a Internet é “neutra” e pode ser bem ou mal usada na relação capital-trabalho tanto por parte do tomador de serviço como de seu prestador.

02. Qual é a relação dos direitos humanos e do princípio da proteção do trabalhador?

RESPOSTA

Em lógica formal distinguem-se a COMPREENSÃO (elementos ESSÊNCIAIS de uma conceito) e sua EXTENSÃO.(sujeitos aos quais se aplica o conceito). Todos os elementos essenciais do conceito de Direitos Humanos e aplicam ao todo trabalhador empregado ou não.

Freqüentemente se apresenta o princípio de proteção consubstanciado somente no confronto de normas :-a) duvidosa (in dúvida pro operário); b) de normas mais ou menos favoráveis; c) condição mais favorável. Visão insuficiente. Ele se estende à feitura da lei, à sua interpretação e à sua aplicação. Assim como o Código de Defesa do Consumidor, as normas que protegem o trabalho de emprego, ou não, são Código de Defesa do Trabalhador. Hoje o princípio de proteção não se deve restringir à relação de emprego, mas a todas as relações em que há necessidade de fixar normas que levem em consideração uma situação jurídica desigual.

03. O "recuo" do operário tradicional, da era do "fordismo", acarreta a perda de referência e de relevância do ser social que trabalha? A organização do trabalho denominada "toyotismo" contribuiu para a expansão da economia globalizada?

Fundamente.

RESPOSTA

O fordismo não passou (e ainda onde perdura) não passa de um modo de produção. As relações de trabalho (no emprego e fora dele) baseadas no fordismo (de que a CLT é uma das expressões) devem ser repensadas, Repensar não significa destruir tudo.

As leis são como o amor:- são eternas enquanto duram.

O toyotismo é um modo de produção historicamente vinculado ao momento histórico e será utilizado dentro e fora da globalização da economia.

04. A flexibilização dos direitos trabalhistas é irreversível? Quais as conseqüências da flexibilização perante o princípio protetor do trabalhador no Brasil?

RESPOSTA

Desde que se entenda que “inflexibilidade” (sic) dos direitos trabalhistas consiste em não mexer em nada do que está posto, há flexibilizações que podem estar, ou não estar, em sintonia com o princípio de proteção.

Por exemplo:- houve alteração na idade da aprendizagem empresária que passou de 14 até 24 anos. Houve flexibilização de uma norma superada em favor do jovem trabalhador. Há espaço, por exemplo, para “contratos-formação” para jovens (14 a 24 anos) aceitos em países em que há preocupação de salvaguardar o princípio de proteção, que não é estático.

ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 613/2000-013-10-00 - PUBLICAÇÃO: DJ - 10/06/2005-
PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7 - A C Ó R D Ã O - 1ªTurma - JOD/rla/jc.

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que

virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que neles o mente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7, em que é Recorrente HSBC SEGUROS BRASIL S.A. e Recorrido ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 531/566, deu provimento parcial ao recurso ordinário da Reclamada para reconhecer a dispensa por justa causa do Reclamante, afastando a condenação em verbas rescisórias e de entrega de guias do seguro-desemprego. Ao recurso ordinário do Reclamante, por sua vez, deu provimento parcial para acrescer à condenação o pagamento de horas extras referentes ao período compreendido entre março de 1997 e junho de 1999.

Interpostos embargos de declaração pelo Reclamante e pela Reclamada, ambos foram conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos(fl. 589/597).

Inconformadas, as partes interpuseram recurso de revista.

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento a ambos os recursos. Ao recurso de revista do Reclamante, com apoio nas Súmulas nº 23, 126, 296 e 297 do TST, assim como por inexistência de ofensa direta à Constituição da República. A seu turno, o recurso de revista da Reclamada foi trancado com amparo nas Súmulas nºs 23, 126 e 297 do TST. Entendeu, ainda, que o Eg. Tribunal a quo não negou prestação jurisdicional às partes, apenas decidiu contrariamente aos seus interesses.

Contra essa decisão, ambas as partes interpuseram agravo de instrumento. O Reclamante, alegando que o recurso de revista é admissível por violação a dispositivos constitucionais e legais, bem assim por divergência jurisprudencial. A Reclamada, aduzindo que o recurso é admissível, na forma do disposto nas alíneas "a" e "c" do art. 896 da CLT. Contraminuta da Reclamada às fls. 698/702. Contraminuta do Reclamante às fls. 703/710.

É o relatório.

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega o Reclamante, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar a questão referente à dinâmica da investigação dos "e-mails" e tampouco discorreu acerca da participação das partes que receberam a mensagem eletrônica.

Inconformado, aponta violação aos seguintes preceitos legais: art. 538 do CPC; arts. 769, 832 e 897-A da CLT; arts. 5º, II e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O inconformismo, contudo, não merece prosperar.

O Eg. Regional, ao apreciar e julgar os embargos de declaração do Reclamante, assim consignou:

"No que toca ao rastreamento das mensagens, cumpre lembrar, inicialmente, que o preposto, em depoimento pessoal, detalhou o encadeamento dos fatos e o modus operandi da investigação (a fls. 351/352).

O rastreamento executado pela Reclamada foi explicitado na defesa, a fls.120, e confirmado pelas testemunhas CLAUDEMIR BORIN MEIRA (a fls. 296/297) e GUILHERME DE ALMEIDA MENDES (a fls. 318/319), Despiciendo discorrer, como pretende o Embargante, sobre a '(...)participação ou envolvimento das partes que as mensagens eletrônicas sedirigiam' nos trabalhos de rastreamento, eis que a sua realização se deu em nível de processamento de dados, internamente na empresa.

Tal conclusão está exposta a fls. 537, 2º/5º parágrafos, do acórdão.

Improcede a obscuridade apontada no particular." (fl. 593)

Diante do quadro ora delineado, não vislumbro nulidade a ser acolhida, tendo-se manifestado o Eg. Regional sobre todos os aspectos relevantes para a solução da lide, conforme o seu livre convencimento motivado (arts.125 e 131 do CPC).

O fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Com efeito, observa-se que o v. acórdão recorrido atendeu ao comando do artigo 458 do CPC e ao artigo 832 da CLT, embora de forma diversa da pretendida pelo Reclamante.

Desse modo, incólumes os referidos preceitos legais.

No tocante aos artigos 538 do CPC, 769, 832 e 897-A da CLT e 5º, incisos II e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam, sequer em tese, à arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST:

"Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Conhecimento por violação. Art. 458 CPC ou art. 93, IX CF/1988. (Inserido em 20.11.1997)

Admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, por violação do art. 832 da CLT ou do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX da CF/1988.

Inadmissível o recurso de revista, no particular.

2.2. HORAS EXTRAS. DESCONHECIMENTO DA PREPOSTA. CONFISSÃO FICTA

Após detalhada análise do conjunto probatório, o Eg. Tribunal a quo condenou a Reclamada em horas extras, sob os seguintes fundamentos:

"No que tange aos cartões de ponto, entendo válidos os registros neles contidos, à vista da constatação de que todos os documentos contêm a assinatura do reclamante e espelham jornadas não rígidas, fato que denota a liberdade do autor em registrar os horários trabalhados. Vale ressaltar que algumas folhas de presença contêm anotações de jornada, ora superior, ora inferior à descrita pela reclamada, circunstância não negada na defesa.

Considerando a existência de pagamento de sobre jornada nos contra cheques, passo à análise da prova oral, observando, mais uma vez que incumbia ao reclamante provar, de forma incontestada, o cumprimento da jornada descrita na inicial.

(...)

Em relação ao período anterior a 28/07/1998, as duas testemunhas do acionante, às fls. 352/353, foram imprecisas na indicação dos horários, valendo frisar que a prova operária cingiu-se a uma jornada média, não a alegada pelo obreiro. Também em relação ao intervalo intrajornada não houve coerência probatória.

Dentro de tal contexto, mereceria provimento o recurso patronal e desprovimento o arrazoadado obreiro, que, pela prova testemunhal produzida, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, restando verossímeis as jornadas estampadas nos controles de frequência.

Entretanto, não é o que ocorre.

No caso dos autos, a distribuição do ônus da prova resta prejudicada pelo teor das alegações feitas pela preposta ouvida, que revelou desconhecimento da jornada obreira em relação ao período compreendido entre o início da relação de emprego e o mês de junho de 1999.

(...)

À vista do §1º do art. 843 consolidado, o preposto deve ter conhecimento dos fatos alegados em juízo, sendo certo que suas declarações obrigam a empresa.

Assim, o preposto está obrigado ao conhecimento de todos os fatos do relacionamento entre empregado e empregador que tenham sido trazidos ajuízo.

Ainda que a inicial descreva jornada rígida durante todo o período ali indicado, fato impugnado pelo empregador, tal horário de trabalho deve preponderar em detrimento do desconhecimento das alegações patronais em juízo por parte da preposta.

Não socorre à reclamada, data vênia, o esforço em fazer crer que a preposta reiterou as jornadas contidas nos cartões de ponto em relação ao período anterior a julho de 1999, pois o desconhecimento revelado encerra inarredável confissão sobre os fatos ignorados." (fls. 549/554)

O Eg. Regional considerou, assim, a Reclamada confessa quanto ao período de março de 1997 (admissão do Reclamante na Empresa) até junho de 1999, inclusive, no tocante à jornada extraordinária declinada na petição inicial.

O Reclamante, nas razões do recurso de revista, sustenta que lhe são devidas todas as horas extras descritas na petição inicial e não somente as trabalhadas no período antes delimitado.

Alega violação aos seguintes preceitos legais: arts. 333, inc. I, 348, 349e 350 do CPC e art. 818 da CLT. Fundamenta:

"Quando o empregador usa da faculdade de se fazer substituir por preposto, este deve conhecer todos os fatos que deram origem ao dissídio (art. 843,§o, da CLT c/c art. 345 do CPC); pois o contrário seria admitir a frustração da norma inserida no art. 848 consolidado.

No caso concreto, não foge à regra, o que resta desconhecido pela preposta na audiência realizada no dia 19/09/2001, deverá ser aplicada a pena de confissão, nos estritos termos dos arts. 343, §2º, CPC c/c art. 769, da CLT, reformando a decisão primária neste particular, para ser deferido todas as horas extras reclamadas na inicial." (fls. 643/644)

O Eg. Tribunal a quo denegou seguimento ao recurso de revista, no particular, com supedâneo no óbice encontrado na Súmula nº 126 do TST.

A decisão há de ser mantida.

Com efeito, constata-se das argumentações do Reclamante a nítida pretensão de revolver a matéria fático-probatória carreada aos autos: requer seja reanalisado o depoimento da preposta para, daí, aferir se esta desconheci aos fatos apenas até junho de 1999, inclusive, ou até o período da dispensado empregado.

Tal análise, entretanto, revela-se inviável em sede de recurso de revista, motivo pelo qual este efetivamente não merecia seguimento.

Incide, no caso, o entendimento consagrado na Súmula 126 desta Eg. Corte.

2.3. PROVA ILÍCITA. JUSTA CAUSA. "E-MAIL". RASTREAMENTO. INTIMIDADE. INVOLABILIDADE

A Empresa ora Agravada despediu o ora Agravante por justa causa, depois de constatar que o Reclamante, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas -- e-mail's -- com fotos pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico da empresa que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais.

Insurge-se o Reclamante no tocante à admissão das provas apresentadas pela Reclamada para comprovar a justa causa. Aduz que a Reclamada teria violado o seu "e-mail", sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso "ilegal".

O Eg. Tribunal Regional consignou, no particular (sem grifo no original)

"JUSTA CAUSA. MEIO DE PROVA. LICITUDE.

O juízo a quo não acolheu a justa causa pretendida pela reclamada, alegando que as provas obtidas o foram de modo ilegal, com violação ao art. 5º, XXII, da Constituição, razão pela qual condenou a reclamada ao pagamento das seguintes verbas rescisórias de direito.

Renova a reclamada, em sede de recurso ordinário, a tese da justa causa. Diz que o autor utilizou-se indevidamente do correio eletrônico e doe-mail da empresa, os quais lhe foram concedidos para o exercício regular das suas atividades, para a transmissão de fotos de conteúdo pornográfico.

Aduz, ainda, que existe norma do Banco determinando que e-mail recebido por empregado deverá ficar restrito a assuntos inerentes ao trabalho.

Alega a reclamada que, ainda que assim não se considere, mesmo na hipótese de se entender que tenha sido a prova produzida através de meio ilícito, é importante que seja utilizado no presente caso o princípio da proporcionalidade, de forma a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita.

Comungo dos fundamentos lançados nas razões de recurso da reclamada acerca do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada.

A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a

verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

De acordo com a decisão de 1º grau, a reclamada teria utilizado de meios ilícitos, substanciados no rastreamento do e-mail do reclamante, para descobrir quem teria passado as fotos pornográficas para outras pessoas dentro da empresa.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o e-mail do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos e-mail, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.

É importante frisar que o obreiro, em seu depoimento, conforme se vê as fls. 117, não infirmou as alegações patronais no sentido de que a utilização do e-mail estaria restrita para fins de trabalho, tendo em vista ter declarado '... que o depoente não tem certeza se a reclamada tinha restrição em relação ao uso de e-mail para assunto que não de serviço...'

Nestas circunstâncias sequer se poderia falar em privacidade; o fato é que a reclamada concedeu ao autor um e-mail com vistas à exclusiva utilização para o trabalho, visto que o provedor era do HSBC.

Não há qualquer violação ao e-mail do reclamante, posto que isto não era de sua propriedade. Sendo o e-mail propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado.

Ocorre que muitos funcionários vem se utilizando da internet e da intranet para fins outros que não os inerentes às atividades da empresa. Tal conduta traduz-se em ato faltoso e, do ponto de vista de muitos juristas, inclusive, ensejador de rescisão contratual por justa causa. Há que se concordar que tal situação não pode ser enquadrada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal (...).

O legislador constituinte, ao criar este dispositivo, o fez com o intuito de proteger a intimidade das pessoas, em situações que comumente ocorrem em locais privados. Entretanto, é evidente que dentro de uma empresa, onde todos os instrumentos são de sua propriedade e disponibilizados aos empregados com o único objetivo de melhor desenvolverem suas atividades, a situação é diversa, sendo até mesmo óbvio que não exista 'confidencialidade' dentro das empresas e que os usuários, acima de tudo, não confundam sua vida particular com a atividade profissional.

Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta, em regra, responde solidariamente por tal ato. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado.

Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso do sistema internet, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando a imagem da empresa prejuízos de larga monta.

Desta forma, não há qualquer indício de que a reclamada tenha tentado invadir, deliberadamente, a suposta privacidade do autor, ressaltando-se, diante da gravidade das denúncias recebidas, cabia ao empregador promover as diligências necessárias à apuração dos fatos denunciados, sob pena de incorrer em omissão.

Assim, não vejo, com a mesma clareza do Juízo a quo, a suposta violação à garantia da intimidade do reclamante, razão pela qual, no presente caso, não há que se falar na obtenção de provas por meio ilícito." (fls.535/540)

Interessante, também, transcrever alguns trechos do voto do Juiz Douglas Alencar Rodrigues, Revisor:

"Sr. Presidente,

Estou de acordo com o bem cuidado voto condutor, mas peço permissão para tecer algumas breves considerações apenas acerca da falta grave discutida no recurso empresarial.

Como esclareceu a d. Juíza Relatora, o Banco recorrente deliberou rescindir por falta grave o contrato de trabalho mantido com o Reclamante, após constatar que ele, no exercício de suas funções, fez expedir comunicações eletrônicas - e-mail's - com fotos pornográficas, utilizando-

se do computador da empresa, de seu provedor e do próprio endereço eletrônico que lhe foram disponibilizados para a execução de suas atribuições.

A matéria é inédita e suscita uma série infundável de questões, como a que foi tratada na instância primária, envolvendo a natureza ilícita do acervo probatório construído pelo Reclamado, a partir do rastreamento de seu próprio provedor para identificação da unidade responsável pela remessados e-mail's com aquele conteúdo pornográfico.

Na opinião do i. Julgador Primário, porque obtidas a partir da quebra do sigilo de correspondência do Reclamante, as provas obtidas seriam ilícitas, por isso não se prestando à justificação da falta grave aplicada, ante a ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º da CF.

Penso, porém, que a solução é diversa, reclamando o percurso prejudicial de algumas etapas de raciocínio.

Em primeiro plano, cabe aferir se o e-mail concedido para o exercício funcional pode ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Em segundo lugar, se a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicação de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas, teria ou não violado alguma garantia constitucional, contaminando as provas obtidas.

E, finalmente, em terceiro plano, cumpre decidir se os fatos apurados justificaram ou não a resolução contratual praticada pelo Reclamado.

Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as venias devidas ao i. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.

Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas.

Preconiza, também, o inc. XII do mesmo art. 5º da CF (...).

No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou mal ferido, como passo a evidenciar.

Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho.

Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas.

(...)

Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do e-mail para fins pessoais, é certo que - como consignado no parecer ministerial emitido em sessão - em todos os e-mail's acionados pelos empregados do Reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação.

Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis.

Considerando os objetivos que justificaram a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

(...)

Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo Reclamado para a execução pelo Reclamante de suas atividades profissionais, resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicação de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que inteligiu o d. juízo primário.

Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento, (...).

Merece, pois, provimento a irresignação patronal.

Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral.

Com essas breves considerações, acompanho o voto condutor.

É como voto, Sr. Presidente."

Sustenta o Reclamante no recurso de revista que o Eg. Tribunal a quo teria violado o art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal, particularmente ao admitir as provas ilícitas apresentadas pela Reclamada.

Argumenta o Agravante:

"Temos que a prova produzida pela empresa para substanciar a censurável justa causa alegada em sua defesa e reconhecida pelo Regional, não pode ser admitida em juízo, pois totalmente contaminada, em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor.

(...)

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (e-mail) - o que abrange o conhecimento das fotos a ela anexadas - foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia eletrônica, o que, por si só, caracteriza violação da correspondência e a quebra da legalidade.

Apesar de o Reclamado ter dito que a conta de e-mail por ela fornecida ao Autor foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, isso não significa dizer que o autorizaria quebrar o sigilo da

correspondência e ter acesso ao teor dos e-mails do Recorrente sem sua anuência, ou de algum dos integrantes da cadeia.

(...)

O fato do (sic) Autor descumprir a determinação do Reclamado para somente usar sua conta de e-mail para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão contratual por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o Reclamado teve acesso ao teor do e-mail, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (Constituição, art. 5º, LVI c/cart. 332, do CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII)." (fls. 634/636). A peculiaridade e a estupenda relevância do presente caso recomendam uma abordagem particularizada dos seus múltiplos aspectos.

2.3.1 A INTERNET NO AMBIENTE DE TRABALHO

Sabe-se que a Internet e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas Empresas, que se utilizam desse novo meio de comunicação para desenvolver os meios de produção, proporcionando, dentre outras vantagens, maior eficiência para as suas atividades.

O número expressivo de empregados trabalhando online é uma indicação clara da eficiência e utilidade das comunicações eletrônicas, tais como "e-mail" e acesso à Internet para fins profissionais. De baixo custo e rápidas, as comunicações eletrônicas podem melhorar a eficiência e produtividade dos empregados, propiciando formas convenientes de comunicação com clientes, colegas de trabalho, além de transmissão de informações de modo infinitamente mais eficiente. Dadas as óbvias vantagens, inquestionável o fato de as empresas estarem cada vez mais lançando mão de tais recursos tecnológicos.

Sabe-se, todavia, que alguns empregados, com relativa frequência, abusam na operação do e-mail corporativo e da própria Internet, sob múltiplas formas, bem conhecidas: envio a terceiros de fotos pornográficas ou a divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc. Outras vezes o empregado, em terminal de computador da empresa, no horário de trabalho, vale-se da Internet para baixar músicas e filmes, ou acessa sites "adultos" e, enfim, consome tempo e recursos preciosos do empregador, para tratar de assuntos não relacionados ao serviço, acarretando sensível queda da produtividade, quando não lentidão no sistema de informática da empresa.

Essas e muitas outras situações bem conhecidas denotam que a tecnologia da Internet, mormente da correspondência eletrônica, com seus encantos e mazelas, tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Uma de tais questões consiste em saber se o empregador tem direito de rastrear ou monitorar o e-mail corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.

3.2.2 "E-MAIL" CORPORATIVO E "E-MAIL" PARTICULAR

Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o "e-mail" apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema ("O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho". São Paulo: LTr, 2004, p. 64).

Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: "e-mail" particular ou pessoal do empregado e "e-mail" corporativo.

No caso de "e-mail" particular ou pessoal do empregado -- em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador -- ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação dedados em e-mail particular.

Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado e-mail corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa.

O "e-mail" corporativo distingue-se do e-mail pessoal ou particular do Empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria Empresa coloca à sua disposição para utilização em serviço.

O "e-mail" corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética.

A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador utilizada

para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de e-mail da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos internos e confidenciais.

É claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes.

Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do e-mail corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico.

Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do e-mail corporativo na empresa.

Cumpre ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do e-mail corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade.

Se o e-mail é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins pessoais, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade.

Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o e-mail corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III).

Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra BELMONTE:

"Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa.

No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados Legal Disclaimers ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que metem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto."(IN: MONITORAMENTO DA

CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, LTr, 2004, P. 113)

3.2.3 MONITORAMENTO DO E-MAIL CORPORATIVO NO DIREITO COMPARADO

Uma vez que o Brasil, como visto, ressenete-se da ausência de normatividade específica a respeito da correta utilização do e-mail corporativo pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo Empregador, revela-se pertinente um rápido exame dessas questões sob o prisma do Direito Comparado.

Em termos legislativos, o Reino Unido é o País que mais evoluiu nesta área: o Parlamento aprovou lei, conhecida como RIP (Regulation of Investigatory Powers Act), que autoriza os empregadores, desde 24/10/2000, a promover o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais:

"(3) Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if

-

(a) it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and

(b) it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services." (Part I, Chapter 1, Section 3)²

Mais adiante dispõe ainda a referida Lei inglesa:

"(3) Nothing in any regulations under section (2) shall authorise the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business." (Part I, Chapter 1, Section 4)³ Nos Estados Unidos da América, há diversos precedentes que, a meu ver, merecem realce.

A Eg. Corte Suprema dos Estados Unidos analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor v. Ortega*. (480 U.S., 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed.2d 714 - de 1987).

À época, a Eg. Suprema Corte Norte-Americana reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho digna de proteção legal. Entretanto, deve-se ponderar esta privacidade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho.

A Eg. Corte assentou que, em certas áreas, os empregados podem ter uma razoável expectativa de privacidade (expectation of privacy). Mas, ressalva-se, nunca de forma absoluta: "The decision recognized that with the question of privacy in the workplace there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a

question of specific practices within the employee's workplace, and the issue of whether an employee has a reasonable expectation of privacy 'must be addressed on a case-by-case basis.'" (Id. IN 716, 1497)

Sob tal entendimento, diversos cidadãos daquele País moveram ações em desfavor do empregador ao argumento de que este, supostamente, teria violado sua privacidade ao monitorar o e-mail corporativo.

A maioria das Cortes americanas, porém, tende a assentar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador, não tem expectativa de privacidade quanto a esta.

Vale dizer: tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos fornecidos pelo empregador, os referidos Tribunais americanos vêm consignando que o empregado não tem razoável expectativa de privacidade quanto à utilização do e-mail corporativo e do acesso à Internet através do sistema operacional da empresa. Acentuam, inclusive, que mesmo que houvesse uma razoável expectativa de privacidade, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do e-mail da empresa e dos sistemas de Internet.

No leading case de *Smyth v. Pillsbury Co.*, determinado Empregado alegou que havia sido dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade teria sido violada.

Neste caso, a Eg. United States Court for the Eastern District of Pennsylvania entendeu que o Empregado havia enviado várias mensagens de e-mail através do sistema da Empresa, que vieram a ser acessadas pelo seu Empregador, sem a sua anuência. Devido ao conteúdo impróprio destas mensagens, o Empregador rescindiu o contrato de emprego.

Esta Eg. Corte da Pennsylvania, entretanto, negou procedência ao pedido do Empregado, a despeito de resultar comprovado que o Empregador havia reiterado aos seus Empregados que o e-mail poderia ser utilizado para fins pessoais e que as mensagens não seriam, em momento algum, interceptadas, mantendo-se confidenciais.

A aludida Corte americana entendeu que, mesmo com as referidas concessões do Empregador, o Empregado não tinha expectativa de privacidade ao utilizar o sistema da empresa para enviar suas mensagens de e-mail.

Releva transcrever alguns trechos da decisão em apreço:

Liability only attaches when the "intrusion is substantial and would be highly offensive to the 'ordinary reasonable person.'" *Borse*, 963 F.2d at 621 (citation omitted). Although the Court of Appeals in *Borse* observed that "the Pennsylvania courts have not had occasion to consider whether a discharge related to an employer's tortious invasion of an employee's privacy violates public policy", the Court of Appeals predicted that in any claim where the employee

claimed that his discharge related to an invasion of his privacy "the Pennsylvania Supreme Court would examine the facts and circumstances surrounding the alleged invasion of privacy. If the court determined that the discharge was related to a substantial and highly offensive invasion of the employee's privacy, believe that it would conclude that the discharge violated public policy." *Id.* at 622. Indetermining whether an alleged invasion of privacy is substantial and highly offensive to a reasonable person, the Court of Appeals predicted that Pennsylvania would adopt a balancing test which balances the employee's privacy interest against the employer's interest in maintaining a drug-free workplace. *Id.* at 625. Because the Court of Appeals in *Borse* could "envision at least two ways in which an employer's drug and alcohol program might violate the public policy protecting individuals from tortious invasion of privacy by private actors" *id.* at 626, the Court vacated the district court's order dismissing the plaintiff's complaint and remanded the case to the district court with directions to grant *Borse* leave to amend the Complaint to allege how the defendant's drug and alcohol program violates her right to privacy.

Applying the Restatement definition of the tort of intrusion upon seclusion to the facts and circumstances of the case *sub judice*, we find that plaintiff has failed to state a claim upon which relief can be granted. In the first instance, unlike urinalysis and personal property searches, we do not find a reasonable expectation of privacy in e-mail communications voluntarily made by an employee to his supervisor over the company e-mail system notwithstanding any assurances that such communications would not be intercepted by management. Once plaintiff communicated the alleged unprofessional comments to a second person (his supervisor) over an e-mail system which was apparently utilized by the entire company, any reasonable expectation of privacy was lost. Significantly, the defendant did not require plaintiff, as in the case of an urinalysis or personal property search to disclose any personal information about himself. Rather, plaintiff voluntarily communicated the alleged unprofessional comments over the company e-mail system. We find no privacy interests in such communications.

In the second instance, even if we found that an employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we do not find that a reasonable person would consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of his privacy. Again, we note that by intercepting such communications, the company is not, as in the case of urinalysis or personal property searches, requiring the employee to disclose any personal information about himself or invading the employee's person or personal effects. Moreover,

the company's interest in preventing inappropriate and unprofessional comments or even illegal activity over its e-mail system outweighs any privacy interest the employee may have in those comments.

In sum, we find that the defendant's actions did not tortiously invade the plaintiff's privacy and, therefore, did not violate public policy. As a result, the motion to dismiss is granted. (Smyth v. Pillsbury Co., 914 F.Supp. 97, 100 - E.D. Pa. 1996)

Outro caso famoso ocorreu no Estado do Texas, onde o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas também se posicionou favoravelmente em relação ao Empregador.

No aludido processo, independentemente de a Empresa Microsoft haver providenciado ao Empregado uma senha de acesso para o e-mail e uma pasta pessoal para arquivar suas mensagens, a Eg. Corte do Texas também decidiu que ao Empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens arquivadas dentro daquela pasta ou dentro de sua caixa de e-mail. A mencionada conclusão fundou-se no argumento de que as mensagens de e-mail primeiro teriam circulado dentro de vários pontos do sistema de e-mail da Microsoft, onde poderiam ser acessadas a qualquer hora pela Empresa e, somente depois, viriam a compor a esfera privada do Empregado. Importa transcrever o seguinte trecho da decisão:

"As asserted by McLaren in his petition, e-mail was delivered to the server-based "inbox" and was stored there to read. McLaren could leave his e-mail on the server or he could move the message to a different location. According to McLaren, his practice was to store his e-mail messages in "personal folders." Even so, any e-mail messages stored in McLaren's personal folders were first transmitted over the network and were at some point accessible by a third-party. Given these circumstances, we cannot conclude that McLaren, even by creating a personal password, manifested --and Microsoft recognized -- a reasonable expectation of privacy in the contents of the e-mail messages such that Microsoft was precluded from reviewing the messages." (Case

nº 05-97-00824, 1999 Tex.App.Lexis 4103 -Tex. Ct. Of App., May 1999) A Eg. Court of Appeal of the State of California, por sua vez, no caso Bourke v. Nissan Motor Corporation, manifestou-se no mesmo sentido:

Whether an individual's constitutional right to privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed. (Alarcon v. Murphy (1988) 201

Cal.App.3d 1, 5; People ex rel. Franchise Tax Bd. v. Superior Court (1985) 164 Cal.App.3d 526, 540-541.) Nissan maintains that the evidence conclusively establishes that plaintiffs had no reasonable expectation of privacy in their E-mail messages. In support of this contention,

they cite the following undisputed facts: (1) Plaintiff seach signed a Computer User Registration Form, which states that "[I]tis company policy that employees and contractors restrict their use of company-owned computer hardware and software to company business." (2) In November or December of 1989, more than a year before her termination, Hall learned from co-workers that E-mail messages were, from time to time, read by individuals other than the intended recipient. Hall relayed this information to Bourke in March of 1990. (3) In June 1990, a full six months before Bourke's termination, a fellow employee, Lori Eaton, contacted Bourke to complain about the personal, sexual nature of Bourke's E-mail message which Eaton had retrieved for demonstration purposes duringa training session at an Infiniti dealership.

Nissan contends that the foregoing uncontroverted facts regarding plaintiffs knowledge that E-mail messages could in fact be read with outthe author's knowledge or consent establishes as a matter of law that plaintiffs had no objectively reasonable expectation of privacy in those messages. In contradiction of that conclusion, plaintiffs assert that they had such an expectation because they were given passwords to access the computer system and were told to safeguard their passwords. While plaintiffs' statements that they believed that their E-mail messages would remain private may be sufficient, on a motion for summary judgment, toraise the issue of plaintiffs' subjective understanding, the question presented to us is whether their expectations of privacy were objectivelyreasonable as a matter of law. We agree with the trial court that theywere not.

In the absence of a reasonable expectation of privacy, there can be noviolation of the right to privacy. (Alarcon v. Murphy, supra, 201Cal.App.3d 1, 5.) Thus, plaintiffs' causes of actions for common lawinvasion of privacy and violation of the constitutional right to privacywere properly dismissed on summary judgment. (Case n° B068705 - July 2003) Abaçaram igualmente tal diretriz os seguintes precedentesnorte-americanos: Restuccia v. Burk Technology, Inc., julgado pela Eg. Supreme Judicial Court of Massachusetts em 12/08/96; Fraser v. Nation wide Life Insurance Co., julgado pela Eg. United States Court of Appels for theThird Circuit em 23/06/03.

Perceba-se, assim, dessa rápida menção ao Direito Comparado, que dois País paladinos do respeito às liberdades civis e aos direitos e garantias individuais do cidadão -- EUA e Reino Unido --- não ousaram estender ao e-mail corporativo a proteção outorgada ao cidadão no tocante à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No Brasil, penso que não há razão para adotar solução diferente.

Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

KARL LARENZ, em clássica obra, após assinalar que se alude ao princípio da proporcionalidade para designar "las limitaciones o desventajas, quealguien tiene que tolerar en un caso concreto, en interés de otro o de lageneralidad" e depois de referir ao "principio de que la intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección otro bien o de un interés de mayor peso", arremata:

"El principio de proporcionalidad suministra un criterio jurídico-constitucional para llevar a cabo una ponderación ajustada de los intereses a proteger, es decir, del campo de protección de los derechos fundamentales, por una parte, y de los intereses dignos de defensa, por otra. Ello significa, ante todo, que 'los medios de intervención tienen que ser adecuados a los objetivos del legislador y que no pueden resultar excesivos para el particular'. Con el rasero de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional federal mide, entre otras cosas, la necesidad y la duración de la prisión preventiva.

El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia, indudablemente conecta con la idea de 'moderación' y de 'medida justa' en el sentido de equilibrio. "(Derecho Justo, Civitas, 1985, pag. 144/145)

Na espécie, a invocação do princípio da proporcionalidade vem a propósito da necessidade de sopesarem-se os múltiplos valores jurídicos em xeque senão apenas o direito do empregado, como qualquer cidadão, à inviolabilidade da comunicação e da privacidade.

No caso concreto, de um lado, não há, como ressaltado, identidade de fins entre o correio eletrônico particular e o corporativo, para que se pudesse cogitar de transgressão ao princípio da inviolabilidade da comunicação.

De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão -- valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de e-mail corporativo, dada a sua finalidade -- não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o direito do empregador à imagem. Ora, ocioso repisar quão comprometedor e danoso pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa.

Ademais, se se cuida de "e-mail" corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à

INTERNET e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.

Tecidas essas considerações, passo ao exame objetivo do agravo de instrumento do Reclamante. A insurgência do Agravante não merece prosperar. No caso, o próprio Reclamante, nas razões do recurso de revista, reconhece que o e-mail corporativo foi disponibilizado pela Reclamada para ser utilizado "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço". (fl. 636)

Fixada tal premissa, e a exemplo do que já se delineia, como visto, no Direito Comparado, não diviso razoável expectativa de privacidade do empregado na utilização de "e-mail" corporativo fornecido pela Empresa.

Em meu entender, o e-mail corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais.

Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho.

Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador exclusivamente para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, sem a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Não colhe o argumento do Reclamante de que a Empresa Agravada supostamente reconheceu a inviolabilidade do e-mail corporativo, ao providenciar para o ora Agravante uma senha pessoal de acesso para a caixa de correio eletrônico.

Insisto em assinalar que a senha pessoal não gera qualquer expectativa de privacidade em relação ao e-mail corporativo, tendo em conta que dita senha é ferramenta de proteção do Empregador, ou seja, visa a evitar que terceiros alheios à sua confiança acessem o conteúdo das mensagens.

Objetivamente, não vislumbro ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo das correspondências (art. 5º, XII, CF/88) porquanto o e-mail corporativo era concedido ao Reclamante para o exercício das atividades laborais e, assim, para o trânsito de mensagens de cunho eminentemente profissional. Não há como equipará-lo, para efeito de proteção à interceptação, às correspondências postais e telefônicas. Igualmente, não detecto afronta ao princípio da inviolabilidade à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF/88), na medida em que não há intimidade ou privacidade do Empregado a ser resguardada no tocante ao uso de e-mail corporativo disponibilizado pela Empresa. Afora isso, no caso, o empregado não tinha

razoável expectativa de privacidade, o que se extrai da declaração de que o e-mail corporativo destinava-se "somente para assuntos e matérias afetas ao serviço" (fl. 636).

Por derradeiro, não há vulneração ao princípio que assegura a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito (art.5º, LVI), por isso que, sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa, meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional.

O recurso de revista, portanto, afigura-se inadmissível.

Nego provimento ao agravo de instrumento do Reclamante.

B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme fundamentos expostos em item anterior, o Eg. Tribunal a quo acolheu o pedido de pagamento de horas extras, referentes ao período entre março de 1997 a junho de 1999, conforme jornada descrita na petição inicial, ao fundamento de que a preposta revelou desconhecimento da jornada de labor efetiva do Reclamante no aludido período.

A Reclamada, no recurso de revista, aponta violação ao artigo 333, incisos I e II, do CPC e ao artigo 843, § 1º, da CLT. Sustenta que o desconhecimento dos fatos, por parte da preposta, acarreta confissão ficta que, por sua vez, poderá ser infirmada mediante prova em contrário.

Aduz, ainda, que o próprio Eg. Regional considerou válidos os cartões de ponto carreados aos autos, porquanto a prova testemunhal não se mostrou suficiente para afastar a fidelidade dos registros.

Traz arestos para confronto.

Assiste razão à Reclamada, ora Agravante.

Conforme visto, o próprio Eg. Regional acentuou que a Reclamada produziu prova válida e idônea da jornada de labor do Empregado, no caso os cartões de ponto assinados pelo Reclamante.

Não obstante, constata-se dos fundamentos do v. acórdão regional que a condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras, no período entre março de 1997 a junho de 1999, fundou-se, tão-somente, no fato de a preposta não ter demonstrado conhecimento de todos os fatos controvertidos.

Por conseguinte, o Eg. Regional presumiu, de forma absoluta, que a circunstância de a preposta desconhecer a jornada de trabalho do Reclamante seria o suficiente para afastar todo

o conjunto probatório dos autos e para permitir o reconhecimento da jornada declinada na petição inicial.

Ora, a confissão tácita decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário.

Nada obsta, desse modo, a que o órgão julgante, a despeito da confissão tácita em apreço, rejeite o pleito das horas extras em conformidade com a jornada declinada pelo Reclamante na petição inicial, se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada diversa, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não consegue demonstrar a prestação das horas extraordinárias postuladas.

Desse modo, o Eg. Regional, ao não acolher o pedido de horas extras, com amparo nas folhas individuais de presença carreadas aos autos, cuja idoneidade não foi desconstituída, afrontou o artigo 843, § 1º, da CLT.

Tal dispositivo legal não reza que o desconhecimento de fatos controvertidos e relevantes pelo preposto gera presunção absoluta das alegações da parte contrária.

Nesta diretriz, o seguinte precedente desta Eg. Corte:

"PREPOSTO. CONFISSÃO FICTA. DESCONHECIMENTO DE FATOS. PRESUNÇÃO RELATIVA1. A confissão ficta decorrente de o preposto ignorar fatos relevantes e controvertidos da causa gera presunção apenas relativa de veracidade dos fatos alegados pelo antagonista, a qual, por isso mesmo, pode ser infirmada por prova em contrário. 2. Nada obsta a que o órgão julgante, a despeito da confissão ficta em apreço no tocante à efetiva jornada de labor, rejeite o pleito de horas extras se as folhas individuais de presença carreadas aos autos registram jornada normal do empregado, com intervalo e marcação de horários extras, e o Reclamante, por qualquer outro meio de prova, não demonstra a prestação das horas extraordinárias postuladas. Inexistência de afronta ao art. 334, II, do CPC. 3. Recurso de revista de que não se conhece." (TST-RR-803831/2001, DJ de 03/12/2004, Ministro Relator JOÃO ORESTE DALAZEN)

Portanto, admito o recurso de revista, na forma da alínea "b" do art. 896 da CLT, por vulneração ao artigo 843, § 1º, da CLT.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso de revista interposto pela Reclamada.

Com fulcro no artigo 897, § 7º, da CLT (Lei nº 9.756/98), passo, desde logo, ao julgamento do recurso principal ora admitido, uma vez observadas as formalidades traçadas na Resolução Administrativa nº 736/2000 do TST(DJU 11.10.2000, P. 279/280).

B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1. PRELIMINAR. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alega a Reclamada, no recurso de revista, que o Eg. Regional, mesmo provocado mediante embargos de declaração, negou-se a enfrentar as seguintes questões: quanto à inexistência de atestado médico nos autos, referente aos dias 5, 6 e 7 de outubro de 1998; e quanto à juntada de cartões de ponto válidos, elidindo a condenação em horas extras, no período de março de 1997 a junho de 1999.

Apona vulneração ao artigo 832 da CLT, e ao artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal.

Não assiste razão à Reclamada,

Com efeito, o Eg. Regional, ao apreciar e julgar o recurso ordinário da Reclamada, analisou todo o conjunto probatório carreado aos autos e apenas não acolheu os seus argumentos.

Não vislumbro nulidade a ser declarada, porquanto o v. acórdão regional emitiu pronunciamento a respeito do tema cuja omissão se alega, consignando que resultou comprovada a emissão de atestado médico, assim como se manifestou acerca dos cartões de ponto trazidos pela Reclamada.

Como já assentado em item anterior, o fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Assim, não diviso violação aos artigos 832 da CLT, e 93, IX, da Constituição da República.

No tocante ao artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, estes não se prestam à arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST.

Não conheço, pois, do recurso de revista.

1.2. ATESTADO MÉDICO. IMPUGNAÇÃO

No particular, o Eg. Regional consignou:

"Recorre a Reclamada contra a condenação ao pagamento do período que vai de 05 a 07/10/1998, alegando que o Reclamante não deu ciência a ela da sua condição.

O ônus de provar o fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito era da Reclamada (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 333, II) e esta não sedes incumbiu de tal tarefa.

Admitido pela Reclamada o trabalho no período de 05 a 07 de outubro de 1998 (às fls. 455) e comprovada a emissão de atestado médico próprio (às fls. 104), não impugnado, tem-se que restou observado o mister do recorrido.

Acertada a decisão primária, pelo que merece ser mantida neste item."(g.n.) (fl. 544)

No recurso de revista, a Reclamada sustenta violação aos arts. 818 da CLTe 333, I, do CPC. Aduz que o Reclamante não juntou o atestado médico aos autos, sendo indevida a condenação da Empresa-Agravante no tocante ao período de 5 a 7 de outubro de 1998.

A irresignação, contudo, resulta infundada.

Com efeito, o Eg. Regional, analisando as provas carreadas aos autos, assentou que o Reclamante havia efetivamente trabalhado no referido período e, também, comprovado a emissão do atestado médico.

Inviável, em sede de cognição extraordinária e restrita, o Eg. TST reexaminar a matéria, sob pena de contrariedade à Súmula nº 126/TST.

Não conheço, portanto, do recurso de revista.

1.3. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. CONFISSÃO. PREPOSTO. DESCONHECIMENTO DOS FATOS

Conheço do recurso de revista, no particular, por violação ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, remetendo para tal, aos fundamentos expendidos no julgamento do agravo de instrumento da Reclamada.

2. MÉRITO DO RECURSO DE REVISTA

Como corolário do conhecimento por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, dou parcial provimento ao recurso de revista da Reclamada para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, negar provimento ao agravo de instrumento do Reclamante e dar provimento ao agravo de instrumento da Reclamada, determinando o processamento do recurso de revista; conhecer do recurso de revista da Reclamada, por contrariedade ao art. 843, §1º, da CLT, e ao art. 333, inc. II, do CPC, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, anulando o acórdão regional no tocante à condenação em horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada, e determinar seja apurada a jornada do Reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

Brasília, 18 de maio de 2005.

JOÃO ORESTE DALAZEN

Ministro Relator

*V - PROJETO SOBRE A COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DA
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROJETO DE LEI Nº 6542, DE 2005*

Regulamenta o inciso IX do art. 114 da Constituição Federal, para dispor sobre competências da Justiça do Trabalho referentes à relação de trabalho, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 652 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea f:

“Art. 652

.....

f) compete ainda ao juiz do trabalho processar e julgar os litígios decorrentes de relações de trabalho que, não configurando vínculo empregatício, envolvam, dentre outras, as ações:

I - de cobrança de crédito resultante de comissões de representante comercial ou de contrato de agenciamento e distribuição, quando o representante, agente ou distribuidor for pessoa física;

II - de cobrança de quota-parte de parceria agrícola, pesqueira, pecuária, extrativa vegetal e mineral, em que o parceiro outorgado desenvolva seu trabalho direta e pessoalmente, admitida a ajuda da família;

III - decorrentes de execução e de extinção de contratos agrários, entre o proprietário rural e o parceiro outorgado, quando este desenvolva seu trabalho direta e pessoalmente, ainda que com a ajuda dos membros da família;

IV - de cobrança de honorários decorrentes de exercício de mandato oneroso, exceto os que se qualifiquem como relação de consumo, nos termos da Lei nº 8.078, de 1990;

V - de cobrança de créditos de corretagem, inclusive de seguro, em face da corretora, em se tratando de corretor autônomo;

VI - de cobrança de honorários de leiloeiros, em face da casa de leilões;

VII - entre trabalhadores portuários e operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-Obra - OGMO; (sic)

VIII - entre empregado e subempregado, ou qualquer destes e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros;

IX - entre cooperativas de trabalho e seus associados;

X - de conflitos envolvendo as demais espécies de trabalhadores autônomos, tais como encanador, electricista, digitador, jardineiro, dentre outros;

XI - decorrentes de assédio moral.

.....
 Art. 2.º Ficam revogados os incisos III e V da alínea a do art. 652 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão

ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA - RELAÇÃO DE EMPREGO E TRABALHO AUTÔNOMO

Processo00988-2002-091-03-00-2 RO Data de Publicação14/05/2003 DJMG Página: 14
Órgão Julgador Segunda Turma **Juiz Relator** Alice Monteiro de Barros
Juiz Revisor Maria José Castro Baptista de Oliveira **RELAÇÃO EMPREGO - AUTÔNOMO**

Recorrente: RG TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.

Recorrido: GERALDO MAGELA FONSECA

EMENTA: **RELAÇÃO DE EMPREGO E TRABALHO AUTÔNOMO.** A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do Trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado ou trabalho parasubordinado) com tutela adequada, mas inferior àquela prevista para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia codicista trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico, levando a jurisprudência a se apegar a critérios práticos para definir a relação concreta. Logo, comprovado nos autos que a prestação de serviços se desenvolveu sob a orientação e direção do empregador, a relação jurídica está sob a égide do Direito do Trabalho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário, em que figuram, como recorrente, RG TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA. e, como recorrido, GERALDO MAGELA FONSECA.

RELATÓRIO

Insurge-se a reclamada, RG TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA., contra a sentença proferida pela MM. Vara do Trabalho de Nova Lima, que julgou parcialmente procedente a reclamação ajuizada por GERALDO MAGELA FONSECA. Argumenta, às f. 388/403, estar comprovado o fato de o autor jamais lhe ter prestado serviços como empregado, o que afasta a competência dessa justiça especializada. Renova a arguição de carência de ação, invocando a ausência da relação de emprego. Quanto ao mérito, afirma a ausência da subordinação jurídica, o que torna indevido o pagamento das verbas trabalhistas reivindicadas na inicial. Se assim não se entender, questiona o valor da remuneração fixada na sentença e pede a exclusão da multa prevista no artigo 477 da CLT. Acrescenta que o reclamante deixou de comprovar o preenchimento dos requisitos necessários à percepção do seguro-desemprego, motivo pelo qual é indevida a entrega das guias correspondentes. Insurge-se, por fim, contra o deferimento dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante e renova o pedido de compensação formulado na defesa. Contra-razões às f. 408/412. Os autos chegaram a este Tribunal no dia 04.04.03, sendo distribuídos no dia 22.04.03. Desnecessário o parecer escrito da d. Procuradoria, porque ausente interesse público. É o relatório.

VOTO Conheço do recurso, regularmente interposto.

MÉRITO

INCOMPETÊNCIA

A reclamada insiste na arguição de incompetência da Justiça do Trabalho, alegando que o reclamante era trabalhador autônomo e não empregado contratado sob a égide da CLT. O reclamante postulou o reconhecimento do vínculo empregatício. Todos os pedidos refletem esse pleito principal e se constituem exclusivamente de parcelas trabalhistas. A competência para apreciar o feito é, portanto, dessa Justiça Especializada. Eventual ausência da relação de emprego levará à improcedência dos pedidos, mas não atrai a incompetência deste juízo. Nada a prover.

CARÊNCIA DE AÇÃO

A reclamada insiste na arguição de ilegitimidade passiva, sustentando nunca ter sido empregadora do autor. A matéria, a meu ver, é própria do mérito, podendo levar à improcedência do pedido, mas não à extinção do processo. O direito de ação independe do direito substancial posto em discussão e traduz o poder de invocar a tutela jurisdicional. Rejeito a arguição de ilegitimidade passiva.

RELAÇÃO DE EMPREGO

As cópias de f. 239/251 mostram que reclamada foi constituída em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, tendo como objetivo a representação e o comércio de equipamentos de informática, bem como a prestação de serviços de assistência técnica nessa área. As partes concordam que o autor foi contratado pela reclamada para prestar serviços como técnico em eletrônica, com a atribuição de atender a chamados de clientes dessa última, realizando reparos e serviços de manutenção em equipamentos de informática. O ponto central de toda a discussão travada entre as partes cinge-se em torno da natureza do vínculo estabelecido entre ambas. O reclamante sustenta ter

sido admitido como empregado, ficando, por isso, sob o pálio da legislação trabalhista. A empresa, por sua vez, assegura que a prestação de serviços era autônoma, sem subordinação e sem exclusividade. As cópias de f. 160/168 revelam que as partes firmaram contrato escrito em 01.03.96. Nessa época, o autor era titular de uma firma individual, cujo nome fantasia era Autron Informática. O ajuste firmado estabelecia que a empresa contratada (Autron) deveria prestar serviços de mão-de-obra de manutenção técnica corretiva e preventiva em equipamentos de informática. Posteriormente, em 01/08/2000, a reclamada celebrou um novo contrato, dessa vez com empresa RG2 Informática Ltda., com o mesmo objeto. Essa 2ª empresa era uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, formada pelo autor com mais dois outros técnicos que também prestavam serviços à reclamada, Maurício e Anderson. Impressiona, à primeira vista, a previsão contida no item 2 da cláusula que trata das condições da prestação de serviços (f. 162), inserida no pacto firmado entre autor e reclamada. De acordo com esse dispositivo, poderia o reclamante, através de sua firma individual, "designar, para a consecução dos trabalhos, profissionais de sua escolha, cabendo-lhe, entretanto, exclusivamente e sem solidariedade da contratante, todos os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, tributários e civis que decorrerem da prestação de serviços por seus prepostos". A um primeiro exame, essa previsão revela a ausência do pressuposto da pessoalidade na prestação de serviços, exigida pelo artigo 3º da CLT. Há, no entanto, outros elementos nos autos que levam a crer que esse pressuposto esteve presente na relação estabelecida entre as partes. Em primeiro lugar, não resta dúvida quanto ao fato de o autor ter trabalhado de forma pessoal ao longo de todo o pacto, o que se constata da farta prova documental anexada à inicial, constante de inúmeros relatórios de atendimento, onde se vê que os chamados encaminhados ao reclamante foram por ele mesmo atendidos. Ademais, nota-se dos documentos de f. 14/16 que o autor participou de cursos de formação, patrocinados pela reclamada e ministrados por outra empresa, voltados para o aprimoramento pessoal do obreiro nas técnicas de atendimento a clientes e no trabalho em equipe. O material de f. 105/106 mostra, inclusive, que a empresa forneceu ao trabalhador orientações sobre como se deveria conduzir no atendimento aos clientes, revelando, portanto, que a conduta pessoal de cada um dos técnicos era considerada um fator importante na prestação de serviços. Esse quadro, a meu ver, pende favoravelmente ao reclamante e evidencia a pessoalidade da prestação de serviços. Quanto à subordinação jurídica, registro que o primeiro contrato escrito entre as partes estabelecia a obrigação de atender chamados no período compreendido entre 08:00 h e 18:00 h, ressalvado apenas o intervalo de uma hora e meia para almoço (f. 166). Resta claro que o autor, nessa época, sofria intenso controle em seu horário de trabalho. Posteriormente, a reclamada flexibilizou essa disposição, passando a fixar um prazo para o atendimento dos chamados, exigindo, porém, a finalização de, pelo menos, 60 desses pedidos por mês (f. 162). Há inclusive cláusula prevendo a aplicação de sanções para o caso de não atendimento das convocações, desde advertência, passando por multas e, no caso de quatro ocorrências dessa natureza, rescisão contratual (f. 163). A meu ver, todas essas previsões evidenciam o controle exercido pela empresa. Ademais, a obrigação de confeccionar relatórios de atendimento também revela a fiscalização exercida pela reclamada sobre o trabalho do obreiro. Releva acentuar, ainda, que o autor constituiu a firma individual posteriormente ao início da prestação de serviços, sendo esse mais um indício de que a reclamada tentou mascarar o vínculo empregatício por esse meio, tentando atribuir ao obreiro

a condição de trabalhador autônomo. Ademais, também há prova segura da inteira ausência de autonomia financeira do reclamante, pois o documento de f. 32 mostra que a reclamada propiciava-lhe os meios necessários ao seu deslocamento para atender aos chamados dos clientes, além de fornecer-lhe vale-refeição. A meu ver, o quadro probatório autoriza o reconhecimento do vínculo empregatício, valendo acentuar, ainda, serem incontroversos a não-eventualidade e a onerosidade dos serviços prestados pelo reclamante. Apenas a título de esclarecimento, vale frisar que o artigo 3 da CLT não estabelece a exclusividade como pressuposto da relação de emprego. Dessa forma, se o autor, em alguma época, teve clientes próprios (e esse fato não chegou a ser evidenciado claramente), essa circunstância não obsta o reconhecimento do vínculo empregatício. Nada a prover.

VALOR DA REMUNERAÇÃO

O MM. Juízo de primeiro grau fixou o salário do reclamante em R\$1.400,00, quantia que a reclamada alega ser excessiva. Segundo a reclamada, a prova dos autos deixou claro que os valores lançados nas notas fiscais eram rateados entre os sócios da empresa constituída pelo autor e dois outros técnicos. A empresa requereu, por isso, a redução desse valor. O exame das notas de f. 170, referentes à época em que o autor prestou serviços através de sua firma individual, mostra que era comum receber mensalmente quantias superiores à importância fixada na sentença. Ademais, mesmo se considerarmos as importâncias lançadas nas notas fiscais emitidas pela sociedade de responsabilidade limitada da qual o reclamante era sócio, o valor médio aproxima-se da quantia fixada pelo juízo. Por essa razão, entendo deva ser mantida a r. sentença também quanto a este aspecto. Nada a prover.

MULTA RESCISÓRIA

A reclamada insurge-se, ainda, contra o deferimento da multa prevista o artigo 477 da CLT, alegando que a controvérsia sobre a relação de emprego afasta a incidência dessa cominação. A matéria encontra-se pacificada pela Súmula 12 deste Regional, assim redigida: "RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 477, 8 da CLT. Mesmo havendo séria controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e sendo este reconhecido apenas em Juízo, aplica-se ao empregador a multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias." Nada a prover.

COMPENSAÇÃO

A condenação abrange tão somente o pagamento de parcelas trabalhistas decorrentes do reconhecimento da relação de emprego. Como a empresa insistia em afirmar a ausência de vínculo dessa natureza resta claro que nada foi pago ao reclamante sob igual título no curso da prestação de serviços. Logo, não há compensação a deferir. Nada a prover.

JUSTIÇA GRATUITA

A reclamada questiona, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante. Registro, inicialmente, que não vislumbro, sequer, interesse da reclamada em questionar essa matéria, na medida em que a concessão desse pleito não lhe traz nenhum ônus, pois a hipótese não envolve o pagamento de honorários advocatícios.

Ademais, a declaração de f. 138 confirma o estado de miserabilidade do obreiro, de molde a lhe garantir os benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei 1060/60 e do artigo 790, 3, da CLT, com redação dada pela Lei 10537/02. Frise-se que nenhum desses dispositivos limita a concessão dessa assistência apenas aos trabalhadores assistidos pelo sindicato, ao contrário do que alega a reclamada. Logo, também sob este prisma há de ser mantida a r. decisão. Nada a prover.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da reclamada.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS, ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Segunda Turma, unanimemente, em conhecer do recurso; sem divergência, em negar-lhe provimento.

Belo Horizonte, 06 de maio de 2003.

ALICE MONTEIRO DE BARROS

Presidente ad hoc e Relatora TRT-RO- f.: 1

TRT-RO-4604/03 00988-2002-091-03-00-2