

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

PAULO HENRIQUE BERTACINI MARINO

**DANO MORAL POR DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÕES: A
DIFICULDADE DE CARACTERIZAÇÃO COMO IMPEDITIVO DA
EFETIVA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

MARÍLIA
2013

PAULO HENRIQUE BERTACINI MARINO

DANO MORAL POR DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÕES: A
DIFICULDADE DE CARACTERIZAÇÃO COMO IMPEDITIVO DA
EFETIVA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado; linha de pesquisa: construção do saber jurídico), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. LAFAYETTE POZZOLI

MARÍLIA
2013

Marino, Paulo Henrique Bertacini

Dano moral por desvio e acúmulo de funções: a dificuldade de caracterização como impeditivo da efetiva proteção da dignidade da pessoa humana / Paulo Henrique Bertacini Marino; orientador: Lafayette Pozzoli. Marília, SP: [s.n.], 2013.

165 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1. Fundamentos de Direito do Trabalho. 2. Contrato de trabalho empregatício. 3. Desvio de Função. 4. Acúmulo de Função. 5. Dignidade do trabalhador. 6. Dano moral.

CDD: 341.334



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000

Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Paulo Henrique Bertacini Marino

Título: “Dano moral por desvio e acúmulo de funções: a dificuldade de caracterização como impeditivo da efetiva proteção da Dignidade da Pessoa Humana”.

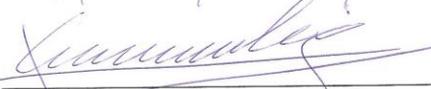
Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

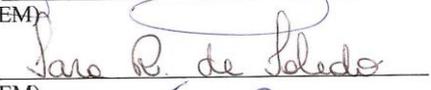
Aos quatorze dias do mês de dezembro de dois mil e treze, com início às 15h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípidos de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores: Dr. Lafayette Pozzoli, orientador (docente do Centro Universitário Eurípidos de Marília - UNIVEM), Drª. Iara Rodrigues de Toledo (docente do Centro Universitário Eurípidos de Marília - UNIVEM) e Dr. Ilton Garcia da Costa (docente da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacareizinho/PR), arguiu o candidato, tendo o examinado sido Aprovado, com nota 10,0 (Dez). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

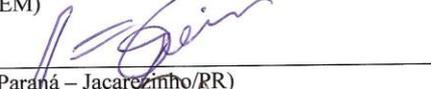
Observações:

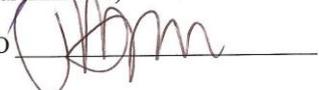
cf. Art. 59, do Regulamento do Programa, será o mestrado 30 (trinta) dias para o depósito definitivo de 2 (dois) exemplares de dissertação, fax com as exigências (procurar o apurador da banca).

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI (Orientador) 
(Centro Universitário Eurípidos de Marília - UNIVEM)

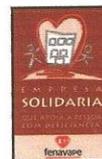
PROFª. DRª. IARA RODRIGUES DE TOLEDO 
(Centro Universitário Eurípidos de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA 
(IES: UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacareizinho/PR)

MESTRANDO: PAULO HENRIQUE BERTACINI MARINO 

Marília, 14 de dezembro de 2013.


Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



DEDICO ESTE TRABALHO

SOBRETUDO A DEUS. É DELE QUE VEM TODA A MINHA FORÇA;

AOS MEUS PAIS LUIZ FRANCISCO E MARIA ALICE;

AO MEU IRMÃO ESTEVAN LUÍS E A MINHA CUNHADA PRISCILLA.

AGRADECIMENTOS

Sempre, em primeiro plano, a Deus, meu esteio.

A minha família, a quem também dediquei este trabalho, por estarem sempre comigo, torcendo em minhas lutas, me apoiando nas dificuldades e alegrando-se por minhas conquistas.

Aos meus queridos Tios Marcelo e Márcia, sempre marcantes em minha vida, para o que der e vier também.

Ao meu orientador Professor Lafayette Pozzoli, profissional de notável gabarito que, apesar de envolvido em tantas outras atividades, sempre esteve a minha disposição e se mostrou o maior incentivador para a conclusão deste trabalho, acreditando na minha capacidade pessoal e profissional em realizá-lo.

À Professora Raquel Cristina Ferraroni Sanches, uma inspiradora para a área acadêmica.

Ao Professor Márcio Teixeira, infelizmente já falecido, do qual bastava um só olhar para transmitir a confiança necessária as nossas realizações.

A todos os professores deste Programa de Mestrado. Através deles, pude aprender que nosso Direito vai muito além de uma norma positivada, representando também um forte instrumento de salvaguarda dos direitos do homem.

A todos os amigos e colegas que fiz nesta jornada do mestrado, em destaque: Alexandre Gazetta, Bruna Pinotti Garcia, Camilla Leone, Marcos Mello, Marcus Gazzola, Ricardo Mustafá e Raphael Hernandez, pessoas que hoje fazem parte da minha história.

À Leninha e Taciana, sempre muito atenciosas e dedicadas, grandes “marcas” do nosso Programa de Mestrado.

**“TENDE, NÃO DIGA QUE A VITÓRIA ESTÁ PERDIDA. SE É DE
BATALHAS QUE SE VIVE A VIDA, TENDE OUTRA VEZ.”**

(RAUL SEIXAS/MARCELO MOTTA/PAULO COELHO)

MARINO, Paulo Henrique Bertacini. **Dano moral por desvio e acúmulo de funções:** a dificuldade de caracterização como impeditivo da efetiva proteção da dignidade da pessoa

humana. 2013. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

Esta dissertação, apresentada à linha de pesquisa de construção do saber jurídico, abordará um importante aspecto da relação de emprego, qual seja a dignidade do trabalhador frente a duas das inúmeras figuras transgressoras dos Direitos Humanos do trabalhador que são o desvio e o acúmulo de funções. O Direito do Trabalho tem por fundamento a proteção do trabalhador em sua condição de vulnerabilidade, viés que se esteia em normas internacionais e nacionais que o regem. Neste sentido, estudam-se suas origens históricas, seu posicionamento nos Direitos Humanos consagrados e seus princípios-base. A partir daí, viabiliza-se a compreensão de um aspecto específico desta relação que é o contrato de trabalho empregatício. Abordam-se os pressupostos da formação do vínculo empregatício, bem como diversas nuances que fazem do contrato de emprego a origem da mão-de-obra que impulsiona o país, tornando deste ajuste um pacto diferenciado entre todos os demais. Estudado este tipo de contrato sob o aspecto conceitual e principiológico, analisa-se de maneira específica o desvio e o acúmulo de funções, inclusive no que tange à suficiência e à insuficiência legislativa. A título de finalização, efetua-se uma abordagem do desvio e do acúmulo de função para além das repercussões de ordem patrimonial, avaliando como tais práticas repercutem na dignidade do trabalhador e podem gerar dano moral. Nesta linha, aborda-se a posição do direito contratual do trabalho nos Direitos Humanos, com avaliação específica dos direitos de personalidade nesta relação jurídico-contratual para, então, delimitar o bem jurídico atingido e estudar as nuances do instituto da responsabilidade civil a título de conferir a reparação do dano moral. Conclui-se que o reconhecimento do dano moral por desvio e acúmulo de função, apesar de possível pelas normas gerais do ordenamento civil e constitucional, fica dificultado pela falta de legislação específica que facilite a caracterização destas práticas, gerando consequentemente ofensas à dignidade do trabalhador que poderiam ser evitadas.

Palavras-chave: Fundamentos de Direito do Trabalho. Contrato de trabalho empregatício. Desvio de Função. Acúmulo de Função. Dignidade do trabalhador. Dano moral.

MARINO, Paulo Henrique Bertacini. **Moral damage for the deviation and accumulation of functions**: the difficulty of characterization as a deterrent of the effective protection of the dignity from the human being. 2013. 165 f. Thesis (Master of Law) – University Center Eurípides de Marília, Foundation Education “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

This dissertation, presented to the construction of juridical knowledge, addresses an important aspect of the employment's relation, which is the dignity of the worker in front of two from numerous transgressive figures of the human rights of workers, which are the deviation and the accumulation of functions. The Labor Law has as foundation the protection of the worker in its vulnerable conditions that inclines in international and national standards that governs it. In this sense, it is studied its historical origins, its position established in the Human Rights and its base principles. In this way, is made viable the comprehension of a specific aspect from this relationship which is the job contract of employment. It is covered the precondition of the formation of the employment's bound, as well as the many nuances that makes the employment's contract the origin of labor force that boost the country, this adjustment is becoming a differentiated pact among the others. Studying this kind of contract over the concept and principle aspects, it is analyzed in a specific way the deviation and the accumulation of functions, even in terms of the legislative sufficiency and insufficiency. At the end, it is made an approach of the deviation and the accumulation of function beyond the repercussions of the patrimonial order, analyzing its practices as it has an impact in the worker's dignity and may create a moral damage. In this line of thought, it is approached a position in the contractual law from work in the Human Rights as a specific evaluation of the rights of personality in this legal and contractual relation, as to delimit the legal asset target and study the nuances of the civil responsibility instituted as to confer the moral damage repair. Concluding that the recognition of the moral damage by the deviation and the accumulation of the function, despise possible by the general rules of the civil and constitutional systems, it is difficult for the lack of specific legislation that facilitates the characterization of these practices, thereby generating offense to the dignity of the worker that could be avoided.

Key Words: Foundation of Labor Law. Contract of labor employment. Deviation of function. Accumulation of function. Dignity of the worker. Moral damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS DE DIREITO DO TRABALHO	13
1.1 Concepções de Direito do Trabalho	13
1.2 História do Direito do Trabalho.....	16
1.3 Direito do Trabalho e a Segunda Dimensão de Direitos Fundamentais.....	22
1.3.1 Primeiras menções aos direitos individuais do trabalhador no Brasil	25
1.3.2 Consolidação das Leis do Trabalho e principais direitos individuais	28
1.3.3 Direitos sociais na Constituição Federal de 1988.....	31
1.3.4 Direitos sociais e breve estudo de Direito comparado	34
1.4 Direito do Trabalho e a Terceira Dimensão de Direitos Fundamentais	36
1.4.1 Saúde do trabalhador	37
1.4.2 Meio ambiente do trabalho	42
1.5 Princípios de Direito do Trabalho	45
1.5.1 Princípio da proteção ou vulnerabilidade	47
1.5.2 Princípio da indisponibilidade	50
1.5.3 Princípio da norma mais favorável	53
1.5.4 Princípio da primazia da realidade	57
CAPÍTULO 2 - CONTRATO DE TRABALHO FRENTE AO DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÕES	61
2.1 Premissas Iniciais do Direito Contratual do Trabalho.....	62
2.2 Conceituação e Delimitação do Contrato de Trabalho Empregatício	66
2.3 Formação do Contrato de Emprego.....	70
2.4 Princípios Relacionados ao Direito Contratual do Trabalho	74
2.4.1 Princípio da proteção e correlatos	76
2.4.2 Princípio da primazia da realidade e correlatos.....	78
2.4.3 Princípio da irrenunciabilidade de direitos e reflexos	80
2.4.4 Outros princípios trabalhistas contratuais.....	82
2.5 Poderes do Empregador.....	84
2.6 Caracterização do Desvio de Função no Contrato de Trabalho	86
2.7 Caracterização do Acúmulo de Função no Contrato de Trabalho.....	94
2.8 Problemática da Inércia Normativa no Desvio e Acúmulo de Função.....	99
CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL NO DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÕES E A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA	105
3.1 Direitos Humanos no Contrato de Trabalho.....	106
3.1.1 Ordem jurídica brasileira e promoção dos Direitos Humanos	109
3.1.2 Direitos Humanos Sociais e o desvio e acúmulo de função	112
3.1.3 Direitos da personalidade do trabalhador	116
3.1.4 Função social do contrato de trabalho	119

3.2 Bens Jurídicos Afetados pelo Desvio e Acúmulo de Funções	122
3.3 Dano Moral no Desvio e Acúmulo de Função	131
3.3.1 Introdução à responsabilidade civil	131
3.3.2 Elementos de responsabilidade civil.....	133
3.3.3 Responsabilidade civil e Direito do Trabalho	136
3.3.4 Configuração do dano moral por desvio e acúmulo de função	139
3.3.5 Quantificação do dano moral por desvio e acúmulo de função.....	148
3.3.6 Dano Moral Coletivo, Ministério Público do Trabalho e Terceira Dimensão de Direitos Humanos.....	153
CONSIDERAÇÕES FINAIS	157
REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho encontra suas raízes em fenômenos históricos como a escravidão, a servidão e a exploração da mão-de-obra no início da era industrial, os quais demonstraram que era preciso garantir um rol de direitos de proteção aos trabalhadores para que fosse possível uma existência digna, tanto no espaço de trabalho como fora dele.

Em termos jurídicos, o Direito do Trabalho se consolidou internacionalmente com a criação da Organização Internacional do Trabalho e a afirmação nos documentos pós-guerra, como a Declaração Universal de 1948 e, nacionalmente, com a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho. Entre os direitos assegurados, destaca-se, de uma forma específica, o respeito à pessoa do trabalhador.

O contrato é fonte primária de direitos e obrigações, sendo que as declarações de vontade que consubstanciam e agregam os valores pessoais e profissionais dos entes no âmbito trabalhista formam a modalidade específica do contrato de trabalho. Com efeito, o contrato de trabalho parte da vontade livre e desimpedida de duas partes, o empregador e o empregado, pautada unicamente numa relação de confiança.

Contudo, não se pode olvidar que o contrato de trabalho, apesar de carreado dos elementos comuns de validades inerentes às convenções em geral, inclusive civilistas, trata-se de modalidade de pacto *sui generis*, com nuances que lhe são próprias, as quais geram reflexos diferenciados pela sua inerente essencialidade e conotação social. Entre as espécies de cláusulas convencionadas nesta modalidade contratual, merecem destaque as que abordam os limites das funções do trabalhador.

Como geralmente na fase pré-contratual e no próprio contrato as discussões sobre as funções não costumam ser bem aprofundadas, tais delimitações usualmente se estabelecem num momento de pós-contratação empregatícia, quando pouco a pouco se traduz o alcance dos termos pactuados quanto às funções e atribuições que foram estabelecidas para o empregado. Em verdade, a recorrente colocação profissional repercute na busca por profissionais polivalentes e empreendedores, contudo, tal situação não pode pender a exigência patronal de que referidos profissionais estejam providos de um arcabouço de conhecimentos e aptidões infinito, o que não se mostraria crível e razoável, assim como não pode menosprezar a real capacidade do contratado.

Nesta esteira, instalam-se os desvios e acúmulos de funções, geradores de dissídios trabalhistas no âmbito da Justiça do Trabalho tanto para reparar questões materiais quanto

para ressarcir danos morais, sem falar nos conflitos do próprio ambiente do trabalho que, corriqueiramente, não chegam a bater às portas do Judiciário trabalhista por uma ínsita acomodação das partes envolvidas com fulcro na perpetuação dos contratos de trabalho.

Necessário também elucidar os limites das exigências de prestação de tarefas por parte dos empregadores em geral, bem como aspectos concernentes à desídia do empregado em refutar tarefas as quais se enquadram, perfeitamente, no seu rol de atribuições, embora não as tenha pactuado expressamente.

O fato é que, quando verificado o desvio ou o acúmulo de funções, se atinge mais do que o patrimônio do funcionário, que recebe menos do que deveria por uma função desempenhada, mas a sua própria dignidade. De um lado, tem-se o trabalhador que desempenha funções fora de sua competência e que se encontram abaixo de sua capacidade, o que gera o sentimento de desvalorização, atingindo sua honra subjetiva; de outro lado, tem-se aquele que desempenha funções fora de sua competência e que vão muito além do pactuado, por vezes exigindo mais do que ele pode dar, implicando num sentimento de *stress* e de menosprezo, ferindo sua paz de espírito e sua honra.

Em ambos os casos, gera-se mais do que o direito de pagar os diferenciais pelas funções alheias à competência do trabalhador que tenham sido desempenhadas, mas há efetiva caracterização de dano moral. Havendo dano moral, aciona-se o instituto a responsabilidade civil perante a esfera trabalhista, ainda que utilizada a norma genérica do Código Civil.

Desta forma, toma-se o objetivo geral desta pesquisa que é o de analisar o dano moral decorrente do desvio e do acúmulo de funções sob uma perspectiva humanista, considerando as falhas da atual regulamentação destes institutos. Para tanto, inúmeros objetivos específicos despontam, entre eles: estudar os fundamentos de Direito do Trabalho, tanto históricos quanto principiológicos, num comparativo com a evolução dos Direitos Humanos; compreender o cerne da relação contratual de trabalho, notadamente na modalidade empregatícia, seja em seus elementos constitutivos, seja nos princípios que a regem; avaliar os limites para a caracterização do desvio e do acúmulo de funções; estudar legislação existente sobre desvio e acúmulo de função; compreender os fundamentos da dignidade da pessoa humana dentro do contrato de trabalho na legislação internacional e nacional; dimensionar o bem jurídico atingido pelo desvio e pelo acúmulo de funções; avaliar as origens do instituto da responsabilidade civil e seus elementos gerais; traçar um paralelo entre responsabilidade civil e Direito do Trabalho; colacionar jurisprudência e doutrina sobre o reconhecimento do dano moral por desvio e acúmulo de função e sua quantificação; avaliar a possibilidade de pagamento de dano moral coletivo por tais práticas.

No primeiro capítulo, será efetuado um retrospecto histórico do Direito do Trabalho; partindo para a compreensão da relação deste com a 2ª Dimensão de Direitos Fundamentais, inclusive quanto aos principais direitos sociais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho e na Constituição Federal, e com a 3ª Dimensão de Direitos Fundamentais, num estudo do ideário de meio ambiente do trabalho, em especial quanto à saúde do trabalhador; e encerrando com a análise dos princípios trabalhistas, como proteção ou vulnerabilidade, indisponibilidade, norma mais favorável, primazia da realidade e proteção processual.

No segundo capítulo, aborda-se o desvio e o acúmulo de funções e, de uma forma geral, o contrato de trabalho. De início, estabelecem-se as premissas do direito contratual do trabalho, conceituando-o e delimitando-o, bem como são estudados os princípios que cercam a relação contratual trabalhista, como proteção, primazia da realidade, indisponibilidade de direitos e inalterabilidade das formas. Posteriormente, analisa-se o desvio e o acúmulo de funções em seus elementos caracterizadores, com a finalidade de avaliar questões sobre a suficiência ou insuficiência legislativa.

Finalmente, o capítulo terceiro volta-se ao estudo da responsabilidade civil no desvio e no acúmulo de funções. Na primeira parte, colacionam-se os aspectos humanísticos relacionados à temática, reforçando a proteção internacional das relações trabalhistas e avaliando como esta repercute no contrato de trabalho, notadamente quanto aos direitos de personalidade e à função social do contrato. Na segunda parte, dimensiona-se o bem jurídico atingido pelas práticas de desvio e acúmulo de função. Então, na parte final, estudam-se as normas gerais de responsabilidade civil, inclusive num retrospecto histórico, estabelecendo uma ligação com o Direito do Trabalho para, a partir daí, avaliar a questão do dano moral por desvio e acúmulo de função e sua quantificação, inclusive o coletivo.

Nesta linha, lança-se o seguinte problema de pesquisa: a regulamentação atual do desvio e acúmulo de função é suficiente para gerar o reconhecimento do dano moral decorrente de tais práticas? Adotando o método hipotético-dedutivo, lança-se a hipótese de que não, posto que o reconhecimento do dano moral por desvio e acúmulo de função, forma de reconhecimento da condição dignificante do trabalhador, apesar de possível pelas normas gerais do ordenamento civil e constitucional, fica dificultado pela falta de legislação específica que permita a fácil caracterização destas práticas. Os procedimentos técnicos que serão adotados com fins de teste da hipótese são, basicamente, bibliográfico e documental, com foco em doutrina específica, legislação internacional e nacional, bem como jurisprudência dos principais tribunais trabalhistas.

CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS DE DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é um ramo do Direito que tem por objetivo essencial a regulamentação das relações de trabalho, com especial foco à posição do trabalhador em tais vínculos, conferindo-o proteção diferenciada em vista da ordem hierarquicamente inferior que ele ocupa em relação à figura patronal e ao sistema capitalista. Tenta-se frutificar o equilíbrio nas relações jurídicas que se estabelecem entre empregadores e trabalhadores, primando este segmento jurídico pela ingerência do Estado tão somente nas hipóteses em que o trabalhador vir-se aviltado quanto ao recebimento de seus direitos e desonrado em sua dignidade como pessoa humana.

O primeiro capítulo desta pesquisa que tem por finalidade o exame dos fundamentos de Direito do Trabalho, os quais lançam base para a compreensão dos institutos do desvio e do acúmulo de funções. Para tanto, parte-se da análise de concepções de Direito do Trabalho e do estudo de sua evolução histórica, chegando à compreensão da posição deste ramo no âmbito dos Direitos Humanos internacionalmente consolidados, e finalizando-se com a avaliação teórica dos princípios norteadores de sua aplicação e elaboração.

1.1 Concepções de Direito do Trabalho

Como a pesquisa será desenvolvida com vistas ao trabalho humano, notadamente à intervenção do Direito nas situações jurídicas que o cercam, inicia-se o estudo abordando algumas concepções deste ramo jurídico. Antecipadamente à análise da história do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, é adequado e oportuno entender o que é o “trabalho”, discorrer sobre alguns de seus significados, traçando ainda alguns paralelos frente ao indivíduo e à figura do Estado.

Uma dissertação na área de Direito do Trabalho não poderia deixar de trazer uma abordagem de alguns fundamentos de todo um sistema social do trabalho, a partir dos quais se estabelecem todos os seus institutos. Embora a presente dissertação se volte ao estudo do dano moral no desvio e acúmulo de função, relevante antes compreender aspectos centrais sobre a área do Direito que tutela a questão, facilitando discussões que serão estabelecidas adiante. Afinal, se o Direito do Trabalho serve a um fim, todos os institutos por ele criados voltam-se à consecução deste fim.

Alguns estudiosos compreendem que o trabalho humano foi concebido, no início, como um castigo e uma dor. Sobre a etimologia da palavra, origina-se do latim *trabs/trabis*,

que significa viga, do qual se originou em primeiro lugar o vocábulo *trabare*, que traduziu-se no castelhano como *trabar*, possuindo o significado de obstrução do caminho por meio de uma viga (como embaraçar de barra)¹.

Outros afirmam que a palavra trabalho vem do latim, *tripalium*, um instrumento de tortura com três pedaços de madeira, substituto da cruz no mundo cristão. Assim, em seu primeiro significado, por volta do século XII, trabalho era associado a uma experiência dolorosa. Somente no século XVI que a palavra trabalho ganhou o sentido de obra ou labor, associando-se em seguida à ideia de ritmo de máquina, razão pela qual o status de trabalhador acabou por ser atribuído aos operários e agricultores².

Nota-se que ainda há vestígios na expressão trabalho de uma concepção inicial de suplício ou sacrifício, pois para muitos o trabalho é mera obrigação, mas predomina que o trabalho permite ao homem o sentimento de importância e utilidade, dignificando sua condição.

Sobre o sentido filosófico do trabalho, empreende-se de Reale³:

Não entendo como se possa dizer que o trabalho não seja criador de valores. Ele já é, por si mesmo, um valor, como uma das formas fundamentais de objetivação do espírito enquanto transformador da realidade física e social, visto como o homem não trabalha porque quer, mas sim por uma exigência indeclinável de seu ser social, que é um “ser pessoal de relação”, assim como não se pensa porque se quer, mas por ser o pensamento um elemento intrínseco ao homem, no seu processo existencial, que se traduz em sucessivas “formas de objetivação”. Trabalho e valor, bem como, por via de consequência, trabalho e cultura, afiguram-se termos regidos por essencial dialética de complementaridade.

Deste trecho, pode-se compreender o trabalho como um instrumento de busca e concretização dos anseios dos indivíduos, sejam eles de ordem material sejam aqueles relacionados ao próprio aspecto de progressão e evolução do trabalhador. Noutras palavras, o ser humano sempre utilizará o trabalho como a melhor ferramenta para tudo aquilo que pretender adquirir e também para sua transformação perante a sociedade. O Estado Brasileiro, aliás, ao alinhar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos fundamentos

¹ FERRARI, Irany. História do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). **História do trabalho, do Direito do Trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 13.

² BONZATTO, Eduardo Antônio. *Tripalium*: o trabalho como maldição, como crime e como punição. **Direito em Foco**, 2011. Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2011/Direito_em_foco_Tripalium.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

³ REALE, Miguel. **Prefácio**. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). **História do trabalho, do Direito do Trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011 apud FERRARI, Irany... Op. Cit., p. 18.

da República (artigo 1º, IV, CF), tende a ratificar as razões acima delineadas, mais ainda aquelas acima colacionadas.

No aspecto sociológico do trabalho, um destaque à opinião do Papa João Paulo II, dada em 1998, na qual enfatizou que a globalização há de ser feita tendo em vista a solidariedade, que haverá de se organizar em torno do trabalho⁴. Neste diapasão, Ferrari, Nascimento e Martins Filho⁵ também argumentam trilhando o mesmo pensamento, o fazendo ainda através de um paralelo com o aspecto filosófico do trabalho:

Isto porque, sejam quais forem os valores que lhe atribuam (degradante ou enobrecedor), o trabalho sempre ocupou o lugar central em volta do qual as pessoas organizaram suas vidas. Não se pode sequer imaginar que o trabalho venha a perder esse lugar na cultura dos povos.

Ainda merece destaque que o trabalho, no desenrolar dos séculos, tem sido o grande fator de estabilidade e do progresso do homem e dos grupos sociais. Destas considerações, alusivas à sociologia das relações trabalhistas, observa-se que todos os indivíduos, cada qual com suas singularidades, entrega ao seu trabalho um ânimo de realização moral e profissional e, com isso, faz do mesmo o eixo central de todas as suas relações.

É claro que a análise do direito fundamental ao trabalho relaciona-se diretamente à sucessão histórica vivenciada em cada época. Dada sua característica de linearidade, vale dizer, por sujeitar-se às limitações e progressões contínuas provenientes da ação dos próprios sujeitos da história, é possível afirmar que o processo de concretização do direito fundamental ao trabalho sempre será dinâmico e jamais pleno ou acabado. Portanto, seus significados e valores objetivados em normas jurídicas encontram-se perfeitamente submetidos à história em movimento⁶.

No aspecto inerente à preocupação do Estado em perquirir uma proteção do trabalho, podem ser ventiladas diversas problemáticas, dentre elas as interligadas à dignidade da pessoa humana (no caso, do trabalhador, do operário). Conforme seguirá tratado neste capítulo, o Direito do Trabalho é justificado pela necessidade de proteção dos trabalhadores frente às condições de exploração, tratamento desumano e, como se não bastasse, pagamento de remunerações vis, aquém daquilo que é necessário a propiciar uma condição de vida justa, digna e satisfatória àqueles que dependem e sobrevivem unicamente de sua força de trabalho, de seu ofício.

⁴ JOÃO PAULO II. **Discurso de 1998**. apud FERRARI, Irany... Op. Cit., p. 20.

⁵ FERRARI, Irany... Op. Cit., p. 20.

⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013, p. 250.

Não mais na seara da proteção do trabalho sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais, mas sim quanto ao liame do Estado com as relações de trabalho, destaca-se o interesse do Estado em manter a atividade econômica do país, mola precursora de arrecadação e desenvolvimento da nação, a qual todo o sistema está atrelado, na dependência da força da massa operária. Neste campo, enfim, o destaque é dado ao regime democrático, no qual o não intervencionismo trouxe aos trabalhadores a atuação das forças sociais sobre a legislação de forma expressiva, permitindo a liberdade de pensamento, o jogo de pressões, num atrativo envolvimento de forças políticas, econômicas, religiosas e de grupos, entre os quais se enquadram, inclusive, os grupos profissionais⁷.

Neste passo, perceptível que os direitos dos trabalhadores, em boa intensidade, se relacionam com o Estado Democrático de Direito. O Estado, engessado às problemáticas partidárias do país, cujos objetivos fogem à construção de uma sociedade justa e solidária, vem se apresentando tendencioso em propiciar a evolução dos direitos e garantias inerentes ao trabalho humano, e isto se dá com arrimo nos ideais do texto constitucional.

1.2 História do Direito do Trabalho

O Direito surgiu para a pacificação social. O Poder Judiciário sobreveio ao cotidiano dos cidadãos para a correção de distorções que só ao Estado, precipuamente, o Democrático de Direito, cabia solucionar, uma vez que investido da indelegável soberania de resolução dos conflitos de interesse. Sobretudo, quando se trata do Direito do Trabalho, interessante partícula do universo jurídico social, não se pode olvidar de sua ínsita especialidade; afinal, sua existência decorre, ao menos de uma forma direta e imediata, de uma única relação jurídica, que é a relação de trabalho. Aliado ao atributo *sui generis*, o Direito do Trabalho é, a cada dia, delineado e amoldado às exigências do pretense universo sobre o qual faz incidir seus ideais e normas disciplinadoras.

O Direito do Trabalho é resultado de um senso comum de ideais aos quais chegaram os sociólogos, os filósofos e os operadores do Direito em defesa da massa operária que muito trabalhava, muito sofria e pouco recebia.

Antes de adentrar ao ponto do Direito do Trabalho, vale tratar sobre o sentimento de felicidade social, uma vez o movimento laboral, como também é chamado o Direito do Trabalho, incita a busca pela igualdade material em quaisquer das sociedades que o Estado Democrático de Direito exista.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

[...] para que todos os homens compreendessem que a felicidade coletiva repousa sobre a felicidade de cada cidadão, a humanidade caminhou pela longa estrada dos séculos, deixando atrás de si as marcas inapagáveis das injustiças sociais, das restrições, dos preconceitos, das pequenas e grandes misérias da civilização que, embora construída pelos brancos anônimos dos povos, traz a chancela dos imperadores, dos generais e dos gênios⁸.

Com efeito, o Direito de Trabalho se consolida nas sociedades que adotam o modelo do Estado Democrático de Direito, transferindo a este a competência de solucionar os conflitos de interesses, em especial promovendo a igualdade material. Como tal busca deve ser constante, o Direito está sempre em evolução. Nas palavras de Reale, ainda trazendo um contexto geral do Direito:

O direito não é um fenômeno estático. É dinâmico. Desenvolve-se no movimento de um processo que obedece a uma forma especial de dialética na qual se implicam, sem que se fundam, os pólos que se compõem. Esses polos mantêm-se irredutíveis. Conservam-se em suas normais dimensões, mas correlacionam-se. De um lado os fatos que ocorrem na vida social, portanto a dimensão fática do direito⁹.

Estabelecida esta premissa da constante evolução, adequado discorrer sobre o surgimento do Direito do Trabalho desde os tempos da escravidão, quando se iniciou aquilo que se pode chamar de trabalho, embora de forma muito divorciada dos preceitos de dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho.

O ser humano sempre trabalhou, inicialmente, apenas para sua sobrevivência. Posteriormente, quase que conjuntamente à fase outrora citada, em virtude da necessidade de defender-se dos animais predadores, bem como dos próprios seres humanos potencialmente ofensores de sua integridade física, passaram os indivíduos ao desempenho e criação de artefatos das armas¹⁰.

Ainda sob o aspecto dos embates entre os indivíduos, surgiu o pensamento de que mais viável do que a guerra entre os seres humanos, na qual uns liquidavam os outros, havia a escravidão, despontando como um melhor negócio no que diz respeito à distribuição de tarefas no seio das comunidades. Em suma, lamentavelmente, pode-se dizer que a escravidão foi o marco inicial da expressão “prestação de serviços” propriamente dita, embora manchada de conotação árdua e indigna. Em Roma, os grandes senhores possuíam, até mesmo, escravos de estirpes profissionais diversas: escravos guerreiros, escravos poetas, escravos artistas¹¹.

⁸ RUSSOMANO, Mozart Vitor. **O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 01.

⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980 apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 31.

¹⁰ REIS, Jair Teixeira dos. **Manual Prático de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 17.

¹¹ *Ibid.*, p. 17-18.

“A condição de escravo podia derivar de várias situações, como a de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de sofrer condenação penal, de descumprir obrigações tributárias, de desertar do exército”¹².

Como pode ser observado, a condição de submissão à situação de escravo originava-se de outras formas que não somente a origem familiar, o que permite afirmar que, naquela época, a afronta à dignidade humana pela escravidão era mais ampla, uma vez que inúmeras situações corriqueiras na vida dos indivíduos livres poderiam constituir causa para a perda da liberdade mediante a escravidão.

No Brasil, os portugueses fizeram dos indígenas seus escravos. Precisamente em 1534, a Coroa Portuguesa afiançou a situação do trabalho sob esta ordem. A Igreja Católica posicionou-se contrariamente, o que resultou na revogação da autorização para cativo indígena em 1548. Abolida a escravatura, por intermédio da Lei Áurea em 1888, os libertos passavam ao exercício de seus ofícios, percebendo enfim uma contraprestação por aquilo que aprenderam no decorrer do período da escravidão. Sem sombras de dúvidas, este texto legal nunca será superado por quaisquer outras legislações que tratem do trabalho no Brasil, ao menos no plano da dignificação do indivíduo trabalhador e de suas famílias, eis que, embora houvesse (até hoje há) um tenebroso caminho ainda a ser percorrido pela classe negra, não pode-se negar a evolução do sentimento de “liberdade”, atributo mais valioso do que quaisquer outras posses¹³.

Ultrapassada a era da servidão, pouco se modificou numa comparação entre servos e escravos, visto que o servo não dispunha da liberdade tão sonhada em virtude de fatores que ainda os assemelhavam aos escravos, em certas condições. O servo não era considerado “objeto”, passando a ser pessoa. Os senhores feudais concediam proteção militar e políticas aos servos e, em contrapartida, estes trabalhavam em suas propriedades destinando-lhes parcela da produção. Em outras palavras, comparados aos escravos, apenas detinham o atributo da liberdade¹⁴.

O termo “servo” originava-se da palavra *servus*, que significava “escravo”. Todavia, a servidão apresentava diferenças importantes em relação à escravidão. O escravo, como vimos, era uma propriedade do senhor, passível de ser comprado e vendido à revelia de sua vontade; o servo, ao contrário, não podia ser separado de sua família ou da terra. Quando o senhor transferia a posse do feudo, o servo era com ela transferido, passando a se submeter ao

¹² PORTO, Lorena Vasconcelos. O trabalho humano na história e o nascimento do Direito do Trabalho. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 31.

¹³ REIS, Jair Teixeira dos... Op. Cit., p. 19-20.

¹⁴ Ibid., p. 20.

novo senhor. Todavia, o servo estava sujeito, em graus variáveis, a obrigação por vezes pesada e, assim, estava longe de ser livre¹⁵.

Assim, ainda um pouco distante do conceito ideal da liberdade ao trabalho, tem-se uma evolução do servo em relação à pessoa do escravo, passando não mais ser tratado como “coisa”, já que guardava nexos com o local em que laborava e com sua família, logo, por este caminho, inexistia uma ligação direta com o senhor feudal, a qual se estabelecia com a terra, diferentemente do que ocorria com os escravos.

Haveria muito a dizer sobre a história do trabalho partindo das fases de escravidão e servidão, contudo deve-se sobrelevar a sua real fonte, qual seja o início da industrialização, de onde é possível retirar um emaranhado de situações que fazem por justificar a presença do Direito do Trabalho no seio de toda e qualquer comunidade, uma vez que de lá partiram todos os ideais de cunho protecionista à figura do trabalhador que, com o tempo, somaram avanço estrutural, operacional e legal na ordem da sociedade.

Em termos de religiosidade, o Cristianismo marcou grande influência na criação da doutrina dos direitos fundamentais, nos quais estão inseridos os instrumentos de proteção à dignidade da pessoa humana, bastando meramente a condição de ser humano a fazer jus às tais prerrogativas. Através da afirmação de que toda pessoa tinha seu valor intrínseco, a filosofia de Jesus Cristo pregava a igualdade entre todos os homens, independente de origem, raça, sexo ou cultura. Tomás de Aquino, no século XIII, pregava a supremacia da lei eterna (que só o próprio Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a lei divina (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro, a lei natural (gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão), e mais abaixo, a lei humana (a lei positivada pelo legislador)¹⁶.

Oportuno destacar ainda o que dizem Ferrari, Nascimento e Martins Filho¹⁷ sobre história do trabalho e do Direito do Trabalho, com fulcro de entender que ambas não estiveram e, infelizmente, ainda não se encontram em perfeita sintonia no tocante ao atendimento de todas as necessidades do trabalhador, uma vez que, hodiernamente, ainda vê-se trabalhadores despidos de um arcabouço mínimo de proteção de seus direitos.

Diferem história do trabalho e história do Direito do Trabalho. Os objetos são diversos. Na história do trabalho é a infraestrutura social e o modo como o trabalho, nos diferentes sistemas de produção de bens e prestação de serviços, desenvolveu-se. Na história do Direito do Trabalho objeto é a

¹⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos.. Op. Cit., p. 32.

¹⁶ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 05.

¹⁷ FERRARI, Irany... Op. Cit., p. 32.

superestrutura normativa e o fim, o conhecimento e a aplicação das normas em cada período, as causas que as determinaram e os valores sob os quais as normatizações se deram.

De certo, tem-se que o Direito do Trabalho surgiu como uma consequência da Revolução Industrial e, sob um aspecto humanista, da revolta da classe operária frente às condições de trabalho e aspectos salariais.

A utilização das forças motrizes, que não mais a força muscular, desencadeou a evolução do maquinismo. Neste contexto também, a produção hidráulica era deixada de lado. O surgimento da máquina a vapor constitui como fator preponderante de uma evolução industrial, que viria por alterar todo um contexto de otimização dos sistemas de trabalho. No final do século XX, a eletricidade trouxe uma expressiva alteração das condições de trabalho¹⁸.

O trabalhador, assim, passou a exercer suas funções em ambientes de extrema insalubridade e periculosidade, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, bem como submetido a alta jornada de trabalho e remunerações aquém daquilo que era estimado como mínimo perceptível a condições dignas. Eram firmados até mesmo contratos verbais vitalícios ou pelo prazo em que os operários pudessem suportar tais condições. Além disso, alguns trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos¹⁹.

Chega, então, a era do intervencionismo estatal sobre as relações de trabalho, a fim de tentar amenizar a situação deplorável na qual estavam inseridos os operários e, por conseguinte, suas famílias também. A Lei de Peel, de 1802, na Inglaterra, trouxe disposições sobre redução de jornada para doze horas, bem como regras sobre educação e higiene do trabalho. Em 1813, foi proibido o trabalho do menor nas minas. Enfim, diversas foram as legislações surgidas à época da Revolução Industrial, protegendo pouco a pouco o trabalhador²⁰.

Necessário foi o nascimento da intervenção estatal para que se assegurassem direitos mínimos e a dignidade do trabalhador. Novos tempos surgem com a Revolução Industrial. O Direito do Trabalho volta-se à proteção do trabalhador, com objetivo de assegurar o desnível entre o devedor e o credor do trabalho e, conseqüentemente, a melhoria da situação do trabalhador, pretendendo atingir um número cada vez maior de trabalhadores a serem tutelados²¹.

¹⁸ REIS, Jair Teixeira dos... Op. Cit., p. 23.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 06.

²⁰ REIS, Jair Teixeira dos... Op. Cit., p. 32.

²¹ NAHAS, Thereza Christina. A crise do Direito do Trabalho. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete. **Gramática dos Direitos Fundamentais**: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 64.

Após a Primeira Guerra Mundial, nasce o chamado constitucionalismo social, que foi a inserção nas constituições de preceitos relativos à defesa da pessoa, no qual se inclui o Direito do Trabalho. O primeiro texto constitucional, trazendo também esta vertente social, foi o mexicano, datado de 1917; ao lado da Constituição alemã de Weimar de 1919. Ainda sob a ótica internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, previu diversos direitos aos trabalhadores, determinando um marco evolutivo nas relações sociais de trabalho²².

Quanto à historicidade do Direito do Trabalho no Brasil, os apontamentos históricos pertinentes seguem ora discorridos. Não se adentrará ao progresso da legislação brasileira, uma vez que tópico em separado trará sua explanação.

Abolida a fase escravocrata, o regime de servidão foi instaurado. O progresso industrial também trouxe ao regime de trabalho brasileiro os mesmos embates e dissabores vivenciados no contexto europeu, considerando-se apenas que o apogeu industrial brasileiro foi desencadeado tardiamente em comparação aos demais países; as reivindicações, em linhas gerais, também estavam ligadas ao tratamento dados aos operários, bem como às remunerações auferidas pelos mesmos.

As transformações que ocorriam na Europa e a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919 alavancaram o progresso dos ideais trabalhistas na sociedade brasileira. Anteriormente a isto, a liberdade de associação, concedida pela Constituição de 1891, já acenava para um histórico de progressão dos direitos dos trabalhadores no país, o qual, até hoje, sofre constantemente alterações em sua forma e conteúdo, seja na legislação consolidada, seja nas esparsas, ou mesmo até nos conceitos lançados pelas normas coletivas de trabalho, pretendendo uma proteção justa do trabalhador, sempre alinhada aos princípios da proteção e da boa-fé objetiva contratual, de grande relevância no campo do Direito do Trabalho.

No que tange à história da Justiça do Trabalho, algumas considerações merecem ser trazidas à tona, dada sua relevância à protetividade e à eficácia dos direitos dos trabalhadores e por ser em seu âmbito que se estabelecerão as demandas que discutam o dano moral decorrente do desvio e do acúmulo de função.

A implantação da Justiça do Trabalho no Brasil ocorreu em meio ao processo de fixação da legislação sindical e trabalhista, durante o primeiro governo Vargas. Foi instalada no ano de 1941, embora já constassem da pauta e dos debates constituintes de 1934. Nos

²² MARTINS, Sérgio Pinto... Op. Cit., p. 08.

primeiros anos, esteve vinculada ao Poder Executivo, via Ministério do Trabalho. Em 1946, passou à órbita do Poder Judiciário. Dentre as particularidades desta Justiça Especializada, destacam-se a gratuidade, a dispensa de advogados e a oralidade na prática dos atos processuais²³.

Para os trabalhadores, a Justiça do Trabalho parece ter sido instituição extremamente valorizada desde o início, uma vez que antes não havia um segmento do Poder Judiciário próprio a solucionar e a dirimir controvérsias que guardam uma especificidade tal como nunca vista em qualquer ramo público, permitindo uma melhor averiguação e aprofundamento das questões litigiosas.

1.3 Direito do Trabalho e a Segunda Dimensão de Direitos Fundamentais

O marco para a consolidação da Segunda Dimensão de Direitos Fundamentais foi a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, fase esta que veio a reformular a vida de homens e mulheres pelo mundo todo, não só em virtude dos avanços tecnológicos, mas notadamente por determinar o êxodo de milhões de pessoas do interior para os grandes centros, em busca de emprego e melhores condições de vida. Os trabalhadores se sujeitavam a jornadas longas e desgastantes, sem falar nos ambientes insalubres e perigosos aos quais se sujeitavam, inclusive as crianças. Ao mesmo tempo, surgiu a consciência de classe, lançando-se base para uma árdua luta pelos direitos trabalhistas.

Bobbio²⁴ destaca que a dimensão de Direitos Humanos que surgiu em tal período se refere, em suma, aos direitos sociais, que são efeito do ideário de liberdades políticas e sociais diversas, refletindo a busca do trabalhador por condições dignas de trabalho, remuneração adequada, educação e assistência social em caso de invalidez e velhice, ou seja, a busca da garantia pelo Estado de proteção à parte mais fraca da sociedade.

Internacionalmente, reconheceu-se a validade dos direitos do trabalhador mediante a fundação da Organização Internacional do Trabalho, numa perspectiva de Direitos Humanos de segunda dimensão.

A respeito da OIT, temos que os países vencedores da Primeira Guerra Mundial reuniram-se em Paris, em 1919, e negociaram o “Tratado de Versalles”. Tal tratado, que resultou da Conferência da Paz, criou a Sociedade das Nações (SDN) para assegurar a paz e, dentre várias decisões importantes, na sua Parte XIII, criou a Organização Internacional do

²³ LOBO, Valéria Marques. A Justiça do Trabalho como vetor da justiça social. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013, p. 438.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

Trabalho, que passou a vigorar a partir de 10.01.1920. Foi um dos maiores acontecimentos históricos mundiais. O trabalho não poderia ser visto como um problema individual, mas sim da sociedade global: capital e trabalho, um binômio na construção efetiva da paz. O objetivo desta instituição é crucial às relações de trabalho, pois, seguramente, além da OIT poder ser considerada um veículo de calibragem da comunidade internacional, o que vem a ser explicado por sua extensa longevidade, também institui aos países que a aderiram, dentre eles no Brasil, normas concernentes ao trabalho, as quais são incorporadas aos seus ordenamentos jurídicos, fazendo valer internamente, assim, anseios que despontam em ordem internacional²⁵.

A propósito, com o fito de esclarecer uma diferenciação entre as nomenclaturas dos direitos do homem, quais sejam “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Brega Filho²⁶ traz entendimento da seguinte ordem:

A Constituição, no seu artigo 4º, estabeleceu como princípio das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos, e no artigo 7º do Ato das Disposições Transitórias estabeleceu que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos. [...] No relato histórico, destacamos que a construção dos direitos humanos foi fortalecida através da celebração de acordos e tratados internacionais, tudo visando dar efetividade aos direitos fundamentais. Nestes documentos internacionais, tradicionalmente foi utilizada a expressão direitos humanos ou direitos do homem. Assim, tradicionalmente os documentos internacionais relativos aos direitos fundamentais utilizam a expressão direitos humanos ou direitos do homem, fazendo referência aos direitos de primeira, segunda e terceira gerações. [...] Entretanto, isso não significa que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos possam ser utilizadas como sinônimos.

Portanto, com o texto constitucional de 1988, o Brasil assumiu o compromisso de apoiar a afirmação histórica dos direitos humanos, reconhecendo a validade dos documentos que os declarem. Em razão disto, a Constituição Federal estabelece, de forma extensa, o rol de direitos fundamentais do homem. No entanto, são expressões que se diferenciam não tanto quanto ao conteúdo, mas quanto à finalidade e à densidade normativa.

Como bem observa Sarlet:²⁷

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

²⁵ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 98.

²⁶ BREGA FILHO, Vladimir... Op. Cit., p. 71-73.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 31 apud BREGA FILHO, Vladimir... Op. Cit., p. 73.

Canotilho²⁸ também escreveu a respeito, afirmando que tais expressões, frequentemente utilizadas como sinônimos, são diferenciáveis segundo sua origem e seu significado: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.

Neste passo, a diferenciação entre o termo “direitos fundamentais” e o termo “direitos humanos” veio à colação para demonstrar a amplitude de um tema sobre o outro, cada qual então guardando seu espaço dentro do ordenamento jurídico interno e internacional, respectivamente. Concluiu Brega Filho²⁹ que, embora tais expressões possam apresentar o mesmo conteúdo, os direitos humanos são mais amplos e imprecisos, enquanto que os direitos fundamentais possuem um conteúdo mais restrito e preciso, eis que limitados aos direitos reconhecidos pelo direito positivo de determinado povo.

Embora este tópico de estudo volte-se, num primeiro momento, à formação internacional-humanista do Direito do Trabalho, falando-se em segunda dimensão de direitos humanos, coerente adotar a partir deste ponto e no título principal a nomenclatura direitos fundamentais, posto que metodologicamente o trabalho se atém a dispositivos da Constituição Federal e da CLT, até mesmo por ter optado pela linha de pesquisa da construção do saber jurídico.

O movimento socialista, iniciado no século XIX, trouxe para a humanidade o reconhecimento dos direitos fundamentais com caráter social e econômico, cujo titular era o conjunto de grupos sociais pertencentes à classe miserável, marginalizada, entre os quais se encontrava a dos trabalhadores. Com efeito, houve uma ruptura em relação ao ideário do liberalismo, predominante quando da primeira dimensão de direitos afirmados.

A propósito, sobre liberalismo, pelos dizeres de Nascimento³⁰, tem-se que Adam Smith foi o pai do liberalismo econômico, sendo que o mesmo sustentava que a riqueza das nações só é possível mediante a espontaneidade e o interesse de quem trabalha, e, para esse fim, a pessoa deve ser livre.

Compreende-se que o liberalismo preconiza por uma sociedade em que os homens, que constroem sua própria civilização, detém atributos para pactuarem livremente, sem a ingerência do membro estatal, figura considerada dispensável para este mister, mostrando

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 369 apud BREGA FILHO, Vladimir... Op. Cit., p. 73.

²⁹ BREGA FILHO, Vladimir... Op. Cit., p. 73.

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**... Op. Cit., p. 46.

serventia apenas a assegurar as liberdades de cunho civil, bem como dos direitos vindos da própria natureza humana, preexistentes ao próprio Estado, portanto irrestritos³¹.

Conclui Nascimento³² que o liberalismo político, econômico e jurídico, inspirado pelos ideais da Revolução Francesa, desfavoreceu o Direito do Trabalho e, mais ainda, alavancou a necessidade de sua existência. Decerto tal conclusão advém dos fatos que proporcionaram as reivindicações pela melhoria das condições de trabalho, ou seja, “deixar” somente às partes envolvidas a missão de resolução dos conflitos não poderia desencadear outra situação que não o caos total. Para a solução de quaisquer controvérsias, há imperiosa necessidade da presença de uma figura imparcial, que possa bem contribuir à direção e conclusão dos trabalhos de apaziguamento das problemáticas sociais.

Com efeito, em reflexo a estes direitos que surgiam pouco a pouco nas ordens nacionais e na própria ordem internacional pela Organização Internacional do Trabalho, que futuramente viriam a ser conhecidos como uma categoria de Direitos Humanos de segunda dimensão, iniciou-se um processo de incorporação pelo Brasil ao ordenamento interno, na forma de direitos sociais.

1.3.1 Primeiras menções aos direitos individuais do trabalhador no Brasil

O estudo da legislação trabalhista, ou de um dado ordenamento jurídico em específico, implica, inicialmente, numa análise de suas fontes. Não poderia ser diferente, uma vez que o alicerce, o sustentáculo de qualquer ordem jurídica é construído através dos conceitos preconizados por suas fontes. As fontes entregam expressiva valoração às aspirações iniciais de um regramento jurídico, refratando um norte de pensamento para toda uma continuidade de normatização.

A doutrina classifica as fontes em formais e materiais. As formais são aquelas que trazem, que exteriorizam o Direito, o regramento. Exemplo clássico são as leis, os costumes e os princípios gerais de Direito.

Quanto às fontes materiais, são consideradas aquelas que refletem a ingerência efetiva da sociedade com o fito de gerar repercussões no regramento, no Direito positivado. São elas, por exemplo, fatores sociais, econômicos e históricos. Aqui é a sociedade envolvida diretamente na construção do ordenamento jurídico que vem a incidir suas imposições perante todos, de forma indistinta.

³¹ Ibid., p. 47.

³² Ibid., p. 50.

Neste diapasão, no atual momento em que vive a nação, melhor exemplo de fonte material não apenas do Direito do Trabalho, mas sim de todo o ordenamento jurídico do país, são as manifestações por melhores condições de vida aos brasileiros, iniciada por uma mera indignação à elevação dos preços das passagens de transporte público que, tomando maiores proporções, tem levado o povo brasileiro a refletir mais sobre aquilo que realmente importa num país que atravessa dificuldades na condução de sua vida política e, por conseguinte, em toda a estruturação de direitos concedidos pelo Estado.

Ainda quanto às modalidades de fontes normativas, em sede de Direito do Trabalho, é possível destacar:

Quanto à origem, as fontes podem ser: a) estatais, quando provenientes do Estado. Exemplo: Constituição, Leis, sentença normativa; b) extra-estatais [sic]: quando emanadas dos grupos e não do Estado. Exemplos: regulamento de empresa, costume, convenção e acordo coletivo, contrato de trabalho; c) profissionais: são estabelecidas pelos trabalhadores e empregados interessados; convenção e acordo coletivo³³.

Manus³⁴ indica a existência das fontes de origem internacional, sendo elas as Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Por força do artigo 49, inciso I da Constituição Federal, fica a cargo do Congresso Nacional a ratificação ou não das convenções internacionais, dentre elas as relacionadas ao trabalho que, conforme aludido, são editadas pela OIT.

Realizando um estudo sobre as fontes formais do Direito do Trabalho, adequado traçar a história da legislação trabalhista brasileira para o entendimento do que se tinha quando do ponto de partida, bem como do que se tem neste momento em termos de legislação do trabalho. Não será trazido um rol de legislações, mas sim uma síntese daquilo que pode ser considerado relevante para entendimento da citada história da legislação trabalhista.

Será traçado um breve panorama daquilo que os estudiosos do Direito do Trabalho entendem não apenas como a linha do tempo do Direito do Trabalho, mas também como a aclamada progressão histórico-evolutiva do Direito do Trabalho. Todavia, como já indicado, pretende este tópico não ficar adstrito às inúmeras regulamentações do trabalho, mas sim trazer também uma visão política de alguns dos proeminentes momentos do Direito do Trabalho no Brasil.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 38.

³⁴ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

De forma bastante didática, Manus³⁵ divide a história do Direito do Trabalho no Brasil em três fases, a saber:

o liberalismo durante o regime da monarquia, que tem início com a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, e se estende até a Abolição da Escravatura, em 13 de maio de 1888; o liberalismo republicano, que vai desde a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, até a Revolução de 1930; e, por fim, a fase intervencionista, desde 1930 até os dias de hoje.

Desta forma, então, pode ser visualizada a divisão temporal do Direito do Trabalho no Brasil, trazendo ainda uma correspondência aos tempos do liberalismo, do estado republicano e do intervencionismo estatal. Estas ligações contribuem satisfatoriamente para uma compreensão do pensamento a cada época, eis que refletem os ideais das camadas sociais frente à modalidade de Estado ao qual estavam submetidas.

De acordo com os apontamentos acima, tem-se que as duas fases iniciais foram caracterizadas pelo liberalismo, as quais englobaram as constituições de 1824, do Império, bem como a republicana de 1930. Não havia ingerência, assim, do Estado nas relações entre empregados e empregadores. Convém ressaltar, ainda, que essas fases ainda abarcaram o trabalho escravo, trabalhadores intitulados como “coisa”, sem direitos alguns. Esta foi uma das causas determinantes ao tardio início da industrialização no Brasil. O não-intervencionismo perdurou no Brasil até 1930, não havendo qualquer tipo de interferência do Estado nas relações entre patrões e empregados³⁶.

À época, já eram registrados movimentos operários por todo o país, impulsionados pelos imigrantes europeus que aqui vinham para trabalhar e, assim, buscavam implementar os ideais revolucionários de melhoria das condições de trabalho. Passou também a se sofrer resistência ao associativismo, contudo, os operários resistiram e criaram as condições necessárias aos ideais oriundos do final da Primeira Guerra Mundial notadamente quanto ao intervencionismo estatal nas relações de trabalho³⁷.

Com a Revolução de 1930, o governo de Getúlio Vargas permitiu a criação de leis trabalhistas das mais diversas formas, tanto em sede de Direito Individual do Trabalho como de Direito Coletivo do Trabalho.

A primeira Constituição a tratar de Direito do Trabalho foi a de 1934, em destaque coloca-se a liberdade de associação sindical, a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada diária de trabalho de oito horas, a proteção ao trabalho infantil e da mulher, o repouso

³⁵ Ibid., p. 11.

³⁶ Ibid., p. 11.

³⁷ Ibid., p. 11.

semanal remunerado e as férias anuais e remuneradas. Contudo, a expressão Direito do Trabalho surgiu somente com a Constituição de 1946.³⁸

1.3.2 Consolidação das Leis do Trabalho e principais direitos individuais

Em 1º de maio de 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, o Diploma Consolidado das normatizações trabalhistas, texto de lei vigente até os dias atuais, sobre o qual há muito o que ser falado, embora neste tópico se pretenda apenas apontar alguns dos principais aspectos.

Alguns chamam a CLT de marco fundamental na história do Brasil por inserir definitivamente os direitos trabalhistas na legislação brasileira:

Em plena Segunda Guerra Mundial, ela chega para regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho e harmonizar o social com o econômico, assinalando a virada de uma economia essencialmente agrária para uma economia industrial. A ideia da CLT foi de Alexandre Marcondes Filho, ministro do Trabalho, Indústria e Comércio nomeado por Getúlio Vargas em janeiro de 1942. [...] O ministro Marcondes queria unir, em um só ordenamento legal, as mudanças legislativas promovidas a partir da Revolução de 1930 no que dizia respeito às relações entre empregados e empregadores³⁹.

Neste sentido, Mallet⁴⁰ afirma que "a CLT é uma interpretação perfeita das necessidades do trabalhador e serviu de parâmetro na industrialização do país". Sua opinião é compartilhada por Pinto e Silva⁴¹: "muito devemos à CLT pelo que representa na defesa dos direitos dos trabalhadores. Foi um enorme avanço para a classe trabalhadora e compôs as bases para que o Brasil adentrasse o grupo das nações industrializadas".

No texto veiculado acima, destaca-se, ainda, a boa contribuição quanto ao progresso da CLT, considerando os seus setenta anos de existência. Como visto, a CLT foi um marco divisor das relações trabalhistas, podendo ser salientado também o contexto tumultuoso em que surgiu durante a Segunda Guerra Mundial. As atualizações da CLT foram realizadas com o passar do tempo, afinal, como exposto nesta pesquisa, o Direito deve ser uma figura polivalente às transformações e exigências sociais. Primeiro, em 1966 surge a opção pelo FGTS. A segunda em 1974, no tocante ao trabalho temporário, a partir de lá então permitido. Em 1988, ela precisou adequar-se à nova era dos direitos sociais, nos quais estão inseridos os

³⁸ REIS, Jair Teixeira dos... Op. Cit., p. 32-33.

³⁹ CLT 70 ANOS. **Jornal do Advogado OAB/SP**, ano XXXVIII, n. 383, maio/2013.

⁴⁰ MALLET, Estevão. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Entrevista Concedida ao **Jornal do Advogado OAB/SP**, ano XXXVIII, n. 383, maio/2013.

⁴¹ PINTO E SILVA, Otávio. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Entrevista Concedida ao **Jornal do Advogado OAB/SP**, ano XXXVIII, n. 383, maio/2013.

direitos trabalhistas, dentre os quais destaca-se a proteção contra a dispensa sem justa causa, a limitação de jornada em 44 horas semanais, entre outros direitos tratados em diante, quando da abordagem do texto constitucional trabalhista. A CLT, até mesmo, está presente na discussão da flexibilização dos direitos trabalhistas. Exemplo disso foi a contratação por tempo determinado mediante negociação sindical e a jornada por tempo parcial, o famoso meio-período de trabalho. Evita-se, sobretudo, uma desregulamentação dos direitos trabalhistas. Até mesmo o trabalho à distância é tratado pela CLT⁴².

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 elenca o trabalho como valor fundamental. Já a CLT trouxe uma compilação dos direitos dos empregados, tornando-se, assim, a codificação da maior parte dos direitos dos mesmos. No mais, estabeleceu-se que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é da União; desse modo, a lei federal é igual para todos no país, o que permite uma relação comum de direitos fundamentais independentemente da região nas quais o trabalhador preste o serviços⁴³.

Pode-se destacar, assim, nesta codificação dos direitos trabalhistas, os quais são intitulados “celetistas”, dada a sua alocação na CLT, os preceitos legais abaixo discriminados, que montam toda a base estrutural do Direito Empregatício. Tais alusões permitem ao consultor deste *codex* conhecer um ideário do que seja o início, a vigência e a ruptura do contrato de trabalho sob a modalidade empregatícia, bem como os elementos essenciais e acessórios deste ajuste. Isso permitirá uma noção geral das bases da relação empregatícia, na qual é comum a prática de desvio e de acúmulo de função.

Já no início do texto, ressalta-se o artigo 2º, com a definição da figura do empregador, restando discriminadas as atribuições da figura patronal⁴⁴. Por este dispositivo, tem-se um norte legal dos poderes do empregador, tratados nesta pesquisa a parte.

Logo em seguida, no artigo 3º, tem-se a figura do empregado que, pelos termos exarados neste dispositivo, também alcança nuances de condição de figura elementar ao contrato⁴⁵. Aliás, sobre ele que recai toda a preocupação de tutela do Direito do Trabalho.

⁴² CLT 70 ANOS... Op. Cit.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272.

⁴⁴ “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

No artigo 5º, encontra-se a proibição de distinção de salários entre aqueles que venham a exercer funções semelhantes, ou seja, já se está diante de dispositivo legal inspirado nos valores de proteção dos trabalhadores face à discriminação, um dos corolários e sustentáculos do princípio da dignidade da pessoa humana. O artigo 6º, *caput*, pode-se dizer que segue a mesma sorte⁴⁶.

Sobre o artigo 9º, nota-se a proibição de atos que venham a desvirtuar os direitos laborais, repudiando, assim, as práticas que deturpem a realidade vivenciada pelas partes no curso do contrato de trabalho, bem como as consequências obrigacionais que destas decorrem⁴⁷.

Aparece nos artigos 13 e seguintes a valorização do registro do contrato profissional, do qual decorrerão diversos direitos e garantias ao operário⁴⁸.

Nos artigos 58 e seguintes, tem-se a base legal da jornada de trabalho, bem como da jornada extra de trabalho, seguindo tratadas as limitações a esta prática infortunadamente tão corriqueira⁴⁹.

Quanto aos artigos 129 e seguintes, é trazido o direito às férias empregatícias, que merece atenção por parte daqueles que tenham o comando empregatício em suas mãos, uma vez que todo indivíduo é merecedor do descanso físico periódico, sob pena de redução de sua estrada profissional e de sua vida pessoal⁵⁰.

Em relação aos artigos 189 e 195, tratam das condições insalubres e perigosas de trabalho, atribuindo àqueles empregados que laborem nestas condições o recebimento de valores pecuniários a mais do que aqueles que não se ativam nesta condição⁵¹. Não que isto

⁴⁵ “Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

⁴⁶ “Art. 5º A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

⁴⁷ “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

⁴⁸ Destaca-se o *caput* do artigo 13: “A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada”.

⁴⁹ Destaca-se o *caput* do artigo 58: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

⁵⁰ Em destaque o artigo 129: “Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração”.

⁵¹ “Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

irá recompensar os danos físicos e mentais sofridos, porém seguindo como uma retribuição por estes.

Tanto no direito às férias quanto no direito à limitação à jornada de trabalho e ao tratamento especial do trabalho em condições insalubres e perigosas tem-se o reconhecimento da dignidade do trabalhador e do direito de que ele viva bem dentro e fora do espaço de trabalho.

Chegando aos artigos 442 e seguintes, tem-se o alicerce do aspecto contratual do contrato de empregado, o que dispensa maiores comentários no momento, porque dada sua relevância será efetuada a abordagem em capítulo próprio.

Desta forma, notória e evidente a importância da CLT frente às relações trabalhistas, uma vez que seu contexto de proteção alberga, à exceção das leis regulamentadoras das profissões, quase todo o cenário das relações de emprego, seja no aspecto de jornada de trabalho, de remuneração, de segurança ou de higiene do trabalho, entre diversos outros. Enfim, a CLT traz sua serventia às regras básicas do Direito do Trabalho.

1.3.3 Direitos sociais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi a que melhor trouxe a consagração dos direitos trabalhistas no Brasil, ao ver de renomados estudiosos do Direito do Trabalho. Chama a atenção Nascimento⁵² aos princípios da auto-organização sindical e à autonomia dos sindicatos, quando a lei constitucional houve por transferir para os estatutos sindicais diversas questões de âmbito interno do ente sindical. Houve também proibição de intervenção do Estado nestes entes representativos das categorias, contudo, tal como também preconiza a Constituição sob outra seara, a todos que entenderem seus direitos como lesados, é assegurado o direito de ação.

Os pontos de maior relevância encontrados na Constituição atual são: redução da jornada de 48 para 44 horas semanais, generalização do regime do fundo de garantia com a abolição da estabilidade decenal, a criação de indenização para dispensa arbitrária, a elevação do adicional de horas extras, entre outros.

Art. 195, *caput*. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.”

⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 108.

Pelas palavras de Meireles⁵³, o Direito do Trabalho encontrou seus princípios, valores, instituições fundamentais e objetivos estabelecidos na Constituição atual, a qual instituiu o Direito do Trabalho como instrumento de *realização social*, em seu caráter material, ao ponto de, além de assegurar o Direito do Trabalho (*caput* do artigo 6º), estabelece uma série de direitos fundamentais para que a *dignidade* seja alcançada (artigo 7º).

Assim, traçando um paralelo entre os textos constitucionais anteriores e o atual, resta bastante perceptível a evolução que o Direito do Trabalho encontrou em sede constitucional de positivação de seus valores, o que pode ser entendido com a sucinta explicação que segue abaixo, esclarecedora do “caminho” percorrido pelo Direito do Trabalho no texto legal maior.

A Constituição Imperial de 1824, seguindo o liberalismo, aboliu as corporações de ofício, estabelecendo o dever de existir liberdade de exercício de profissões. Só em 1888 a escravidão foi abolida. A Constituição de 1891 reconheceu a liberdade de associação. A criação da OIT, dada em 1919, repercutiu no Brasil.

É possível afirmar, portanto, que o desenvolvimento do Direito Internacional do Trabalho tem uma relação direta com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, à medida que este organismo difundiu, mundialmente, novas concepções acerca do trabalho e justiça social, propagando a necessidade de se criar um ordenamento específico que tivesse uma maior abrangência de todos os povos⁵⁴.

Em 1934, já na era de Getúlio Vargas, surgiu a primeira Constituição tratando especificamente do Direito do Trabalho, como fruto do intervencionismo social. A Constituição de 1937 expressou ainda mais a intervenção do Estado, com instituição do sindicato único, proibindo até mesmo o direito de greve, movimento encarado como antissocial e prejudicial à economia. A Constituição de 1946, já acompanhada pela CLT, restabeleceu o direito de greve. O Texto Constitucional de 1967 manteve os direitos constitucionais do trabalho já previstos, inovando o sistema do FGTS, criado pela Lei n. 5.107/66. A Emenda Constitucional de 1969 em nada alterou o a constituição anterior⁵⁵.

Assim, como já discorrido, o texto da constituição atual trouxe uma variedade de garantias à pessoa do trabalhador, fazendo valer algumas das prerrogativas inerentes ao trabalho humano, alocando-o numa condição de bem juridicamente protegido pelo Estado Democrático de Direito, o que vem a contribuir para que o Brasil posicione-se dentre aqueles

⁵³ MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho**: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p. 115.

⁵⁴ SOARES, Andrea Antico. **O assédio moral no trabalho à luz dos direitos humanos e fundamentais e da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2012, p. 67.

⁵⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa... Op. Cit., p. 04-05.

que buscam, mesmo à medida de suas capacidades econômicas e ideológicas políticas, *equilibrar* uma relação jurídica tão *desequilibrada*.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 acolheu o princípio da dignidade da pessoa humana como preceito fundamental, conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como inseriu no seu texto os direitos sociais, pois estes 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 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 social⁵⁶.

De acordo com os ensinamentos de Meireles, da leitura de nosso texto constitucional, extrai-se que o constituinte estabeleceu um sistema de garantias. E são essas garantias que também relevam o destaque ao valor trabalho. A Constituição elegeu o Direito do Trabalho como instrumento de realização do Estado Social, em seu caráter material, ao ponto de, além de assegurar o direito ao trabalho (*caput* do artigo 6º), estabelecer uma série de direitos fundamentais para que a dignidade humana seja alcançada (artigo 7º). Avançando um pouco mais, a Carta oferece mecanismos ou procedimentos de proteção e defesa dos direitos e interesses laborais, especialmente por meio da garantia da tutela célere e efetiva, inclusive com a criação de órgão judicial com competência especial, a Justiça do Trabalho⁵⁷.

Das lições de Buelga⁵⁸, essas garantias podem ser divididas em vários grupos. No primeiro grupo, o constituinte tutelou diretamente o trabalho, assegurando aos seus principais sujeitos os direitos trabalhistas fundamentais. Neste passo, elege-se o artigo 7º como eixo central deste grupo, com o elenco dos direitos constitucionais especificamente trabalhistas, fundado no princípio da proteção e da vedação ao retrocesso. No segundo grupo, encontram-se as garantias de proteção social de cunho de integração socioeconômica dos trabalhadores. Como exemplo destas medidas, a formação de política agrícola que assegure a habitação ao trabalhador rural, as ações de proteção à saúde do trabalhador (tratadas nesta pesquisa oportunamente), proteção contra o desemprego involuntário, entre diversas outras. Pelo terceiro grupo, estão garantias mais diversificadas e heterogêneas, mas que relacionam o trabalho com a implantação do Estado Social. São alguns destes instrumentos: regras que impõem uma função social à propriedade, a desapropriação de terras em caso de

⁵⁶ GENOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção ao trabalhador brasileiro e suas perspectivas no século XXI**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2006, p. 100.

⁵⁷ MEIRELES, Edilton... Op. Cit., p. 115-116.

⁵⁸ BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002, p. 50-ss apud MEIRELES, Edilton... Op. Cit., p. 115-116

descumprimento das normas relativas à proteção do trabalhador (na qual destacam-se as que trazem liame com a condição de dignidade da pessoa humana), o direito de greve e a política de inserção de trabalhadores na gestão empresarial.

Como se observa das elucidações doutrinárias acima, a condição de Estado Social preconizada pela Constituição Federal é uma das máximas do texto constitucional pelo emaranhado de dispositivos. Percebe-se também que parte-se da ideia de proteção social em âmbito individual do trabalhador para uma maior amplitude protetiva voltada à coletividade, consoante os exemplos dos grupos de garantias. Por esta fenda, vislumbra-se um sentimento estatal de aperfeiçoamento e melhoria das condições dos trabalhadores, o que vai ao encontro dos anseios de concretização do Estado Social ou, ao menos, é o que vem se postulando por intermédio destas políticas administrativas e judiciais de garantias.

1.3.4 Direitos sociais e breve estudo de Direito comparado

Sob a ótica do Direito Comparado, oportuno trazer algo sobre o a segunda dimensão de direitos fundamentais em sede de outras Constituições, no intuito de verificar uma equiparação ao sistema brasileiro e, eventualmente, apurar melhorias possíveis, ainda que de forma sucinta. Tem-se notícias de que grande parte dos ordenamentos jurídicos trabalham com sistemas que já tenham obtido sucesso noutras territorialidades e, assim, efetividade em suas regulamentações.

De todas as mais importantes Constituições europeias, aquela que dá maior destaque e relevo ao trabalho é a Constituição Italiana de 1947 (promulgada em 27 de dezembro de 1947 e em vigor a partir de 1 de janeiro de 1948). Isso porque, logo em seu primeiro artigo ela dispõe que “A Itália é uma República Democrática fundada no Trabalho”⁵⁹.

Como se nota, a Constituição Italiana traçou uma valorização ímpar ao trabalho, destacando-o frente aos demais institutos que venham a solidificar a estruturação de uma nação. Em suas disposições, traz institutos sobre a liberdade de opção ao trabalho; a participação de trabalhadores junto à organização política, econômica e social do país; normas sobre elevação profissional dos trabalhadores e a liberdade de emigração⁶⁰.

Por fim, ainda quanto à Constituição da Itália, pode-se elencar o instituto trazido pelo artigo 36, acerca do “direito a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade do trabalho”, o que tem relevante nexos com esta pesquisa uma vez que, diretamente, relaciona-se

⁵⁹ MEIRELES, Edilton... Op. Cit., p. 55.

⁶⁰ Ibid., p. 55.

às figuras do desvio e acúmulo de função⁶¹. Previsão semelhante não se encontra na Constituição brasileira, embora possa ser depreendida num processo hermenêutico.

A Constituição Alemã, entre todas as europeias, é a que menos contém disposições vinculadas diretamente ao trabalho, podendo ser considerada como deficitária quanto aos direitos sociais. Mesmo assim, apesar das poucas regras dirigidas ao Direito do Trabalho, a realidade alemã demonstra que o que interessa não é quantidade, mas, sim, a eficácia dos direitos fundamentais, ainda que partindo de uma interpretação ampla dos direitos constitucionais⁶².

Em sede de conclusão quanto às condições de proteção ao trabalho na Alemanha, pelo fato de ser um Estado Social, do princípio a ele inerente, decorre o dever do Poder Público de intervir faticamente nas relações de emprego e de proporcionar um justo ordenamento social, de forma a concretizar o bem-estar social e, por este caminho, caberá aos juízes agirem com o fito de obter “um equilíbrio conveniente dos interesses do contrato de trabalho”; assim, a jurisprudência alemã apresenta-se como um melhor instrumento de salvaguarda dos interesses da classe obreira, em decorrência da incipiência da norma legal⁶³.

Nesta linha, na França, o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho também vem se apresentando como fruto da evolução jurisprudencial, tal como o que ocorre com a Alemanha. As decisões judiciais neste país, tais como em demais países europeus, vêm reconhecendo a incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego e, por esta forma, o Direito do Trabalho vai se constitucionalizando embora ainda tenham tímida alocação junto ao texto constitucional nacional. Não há, neste momento, um Direito Constitucional do Trabalho francês. No texto maior, apenas há referência à competência do Parlamento para dispor sobre Direito do Trabalho, Sindical e da Seguridade Social, o qual deverá estabelecer seus princípios fundamentais⁶⁴.

Trará contribuição a esta pesquisa o que menciona o Código Português no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores, o que será abordado em tópico apropriado para tanto.

Neste diapasão, embora cada Estado trate do Direito do Trabalho de uma forma, cabe um destaque à busca de efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores, ponto de maior relevância frente à alocação destes junto ao ordenamento constitucional, infraconstitucional ou mesmo em sede das fontes alternativas do Direito, tais como a citada construção jurisprudencial. Isto quer dizer que não basta ao Estado apontar o Direito do Trabalho na

⁶¹ Ibid., p. 55.

⁶² Ibid., p. 68.

⁶³ Ibid., p. 72.

⁶⁴ Ibid., p. 79.

estrutura do seu texto maior, mas sim traçar caminhos que se mostrem legítimos e hábeis na busca da proteção do trabalho frente às desigualdades impostas pelo sistema capitalista econômico. Assim, o Direito do Trabalho terá alcançado sua finalidade essencial, para qual a foi criado e permanecerá enraizado na contemporaneidade.

1.4 Direito do Trabalho e a Terceira Dimensão de Direitos Fundamentais

Ganha cada vez mais força nos últimos anos, em sede constitucional, uma terceira dimensão de Direitos Fundamentais, ligada à promoção da fraternidade em diversas esferas da vida social e relacionando-se diretamente aos chamados direitos difusos e coletivos. Logo, olha-se para os direitos de grupos heterogêneos e da sociedade como um todo, conferindo ao indivíduo um foco menor do que o que deve ser conferido ao todo.

No entendimento de Bobbio⁶⁵, ao lado dos direitos sociais, chamados de segunda dimensão, emergiram os denominados direitos de terceira dimensão, que formam uma categoria ainda heterogênea e vaga, mas que concentra na reivindicação do direito de viver num ambiente saudável. Entretanto, abrange-se muito mais que o direito ao meio ambiente saudável, mas todos os direitos difusos e coletivos que pairam sobre a ordem econômica e social.

Em relação ao texto constitucional brasileiro, denota-se uma preocupação com esta terceira dimensão, notadamente quando desde o preâmbulo se fala na busca de uma sociedade fraterna, espalhando-se, pela Constituição, dispositivos que permitam que se alcance tal objetivo, notadamente ao destacar a importância de instituições voltadas à proteção dos direitos difusos e coletivos, classicamente de terceira dimensão.

Em termos de Direito do Trabalho, fala-se em terceira dimensão de direitos fundamentais ao se afirmarem os direitos dos trabalhadores numa categoria difusa e heterogênea, em especial no que tange ao direito de conviver num meio ambiente de trabalho saudável. Assim, dois conceitos se mostram de relevante estudo: em primeiro, o da saúde do trabalhador, sem a qual não é possível promover um espaço de trabalho salutar; depois, o de meio ambiente de trabalho, que abrange o primeiro aspecto, além de outros, como higiene e segurança no local de trabalho. Quanto à defesa institucional destes aspectos, destaca-se o papel do Ministério Público do Trabalho.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto... Op. Cit., p. 25.

1.4.1 Saúde do trabalhador

Antes de adentrar na noção de meio ambiente do trabalho, relevante abranger um de seus principais aspectos, que é o direito à saúde do trabalhador. Em verdade, o direito à saúde é prerrogativa de todos, está ligado aos preceitos que envolvem a proteção à dignidade da pessoa humana e, em especial, no tocante a esta pesquisa, trata-se de prerrogativa que deve ser contemplada ao trabalhador para que ele adquira forças física e mental necessárias ao bom desempenho de suas tarefas no seio de seu recinto profissional.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra assento na Constituição Federal Brasileira que, logo no artigo 1º, estabelece que são fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Estas dicções são complementadas pelo artigo 170 da mesma Lei Maior que, ao tratar da ordem econômica, assegura a livre iniciativa, fundada, porém, na defesa do meio ambiente e na valorização do trabalho humano, de modo que se assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social⁶⁶.

A expressão direito à saúde vem sido utilizada em diversos enfoques. Todavia, deve-se compreender que, hodiernamente, tal expressão deve refletir não mais somente ausência de doenças, como também um bem estar físico e psicológico. Para o exercício pleno deste direito, o Estado, em quase todas as suas esferas, precipuamente o Poder Executivo, vem afirmando a resguarda e tutela do mesmo.

“O conceito de saúde nos remete aos gregos que a consideravam, no ser humano como equilíbrio do corpo e da mente, [...] sendo que além de ser possuidor de boa saúde mental e física, era necessário ser belo para ser saudável”⁶⁷.

Em termos de sociedade contemporânea, o conceito de saúde é remetido da seguinte forma:

Não obstante a reivindicação do direito à saúde ser antiga, tanto sua implementação quanto sua incorporação no rol de Direitos Humanos nos remete a um passado não tão remoto e, por se tratar de direito fundamental, o direito à saúde está em constante evolução, razão pela qual imprescindível percorrer a linha histórica traçada por esse direito. [...] A saúde tem sido conceituada mediante inúmeras visões de mundo dentro da construção social e histórica, que vai desde a concepção mágico religiosa, passando pela

⁶⁶ MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 66.

⁶⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira, RAGAZZI, José Luiz. Direito fundamental à saúde: um enfoque histórico evolutivo. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GÖTTEMS, Claudinei J. (Org.). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui: Boreal, 2008, p. 78.

concepção simplista de ausência de doença até chegar a mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial de Saúde⁶⁸.

O ser humano sempre sinalizou uma preocupação com uma vida saudável. A saúde, na Idade Média, mostrava-se como um direito sem controle estatal vez que as patologias eram consideradas como castigos divinos. Restava-se apenas a Deus a decisão daquele que mereceria a cura ou não. Os hospitais ficavam a crivo de ministros religiosos⁶⁹.

De acordo com Melo⁷⁰, os riscos à saúde do trabalhador são agravados pela era capitalista, que não prioriza soluções sociais e humanitárias, mas sim o aspecto econômico, que se sobrepõe a qualquer outro. Na concepção de Dupas⁷¹, “apesar de ter sido um período de excepcionais conquistas da Ciência, o século XX não terminou bem”.

Chegada, assim, a era da industrialização, sobreveio uma tímida preocupação em manter a saúde dos operários apenas para melhor exercício das funções nas fábricas. Sendo assim, o Estado passou a fiscalizar tais condições, contribuindo em prol das melhorias em saúde, higiene e segurança do trabalho. Todavia, se, de um lado, a Revolução determinou o apogeu econômico, do ponto de vista sanitário não houve evolução em função do enorme desgaste que sofria a classe operária em terríveis condições de sobrevivência nas fábricas. Os movimentos sociais cresceram em prol de um melhor tratamento à classe dos operários em geral.

A intervenção do Estado, por meio de políticas públicas, se deu no início do século XX quando a classe burguesa percebeu que, quanto mais saudáveis seus trabalhadores, maiores seriam os ganhos econômicos⁷².

O surgimento da Organização Mundial de Saúde, em 1946, fez erigir um novo conceito de saúde. Desde então, o intervencionismo estatal no campo da saúde passou à figura precursora das medidas necessárias de implementação das políticas públicas⁷³.

Os direitos fundamentais evoluíram em compasso com os momentos históricos, sempre almejando a prevalência de uma vida humana digna. Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado passou a deter a incumbência de zelar pelas prerrogativas inerentes à condição de saúde em vista de que o aparato de recursos foi trazido a si.

⁶⁸ VENDRAME, Alan, MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto a (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011, p. 04-05.

⁶⁹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira, RAGAZZI, José Luiz... Op. Cit., p. 69-70.

⁷⁰ MELO, Raimundo Simão de.. Op. Cit., p. 68

⁷¹ DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na sociedade da informação**. São Paulo: Unesp 2000, p. 09 e 82 apud MELO, Raimundo Simão de.. Op. Cit., p. 66

⁷² SIQUEIRA, Dirceu Pereira, RAGAZZI, José Luiz... Op. Cit., p. 70.

⁷³ Ibid., p. 80.

Acerca do tratamento do direito à saúde em sede legal no Brasil, a Constituição de 1824 não apresentou, em seu texto, qualquer expressão relativa ao mesmo, isto se deve ao fato de que a ideia de doença ainda estava ligada a castigo divino, não sendo concebível a intervenção do Estado. A Constituição Republicana de 1891 sequer trouxe previsão também. A primeira previsão de proteção ocorreu com a Constituição de 1934, com disposições sobre questões de ordem sanitária, atribuindo, ainda, à União e aos Estados a competência material do direito à saúde. Quanto à competência, a Constituição de 1937 agiu de forma diversa da Constituição anterior, pois atribuiu de maneira privativa à União, não mais de forma concorrente com o Estado⁷⁴.

A Constituição de 1946, sem apresentar grandes avanços, apenas estendeu novamente a competência aos Estados. Consigna-se que, até determinado momento, os olhos do legislador constituinte eram voltados mais à questão da saúde da figura do trabalhador, e não do indivíduo em si, refletindo um interesse mais voltado à ordem econômica do que à própria condição do ser humano⁷⁵.

Sob a égide da Constituição de 1946, houve o surgimento do Ministério da Saúde, um avanço na história da saúde no Brasil. A Constituição de 1967, marcada pela era do autoritarismo, não trouxe avanços significativos, mitigando o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo apenas contornos de ordem trabalhista ao direito de saúde sendo, ainda, o cerne da questão a pessoa do trabalhador e não do ser humano⁷⁶.

Enfim, apenas com a Constituição de 1988, o tema foi tratado com a relevância que sempre mereceu. O direito à saúde é norma constitucional, direito fundamental social de aplicabilidade imediata. Em nível infraconstitucional, precisamente na Lei n. 8.080/90, há o princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua saúde.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 harmoniza-se com o conceito da Organização Mundial de Saúde quando aborda a saúde como um direito social no Capítulo II, assumindo-a, mais à frente, no artigo 196, como um direito de todos e um dever do Estado, englobando a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁷⁷

O Estado, investido de poderes hábeis ao encaminhamento de recursos ao sistema de saúde, deverá realizar a boa promoção deste direito, perfazendo uma distribuição equânime às

⁷⁴ Ibid., p. 71-74.

⁷⁵ Ibid., p. 75.

⁷⁶ Ibid., p. 76-77.

⁷⁷ OLIVEIRA, Márcio Dias de. Direito fundamental à saúde e suas faces: uma análise conjunta à irretroatividade do direito fundamental social à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GÖTTEMS, Claudinei J. (Org.). **Direitos Fundamentais**: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira. Birigui: Boreal, 2008, p. 205.

camadas que mais necessitam do Sistema Único de Saúde. Dentre estas parcelas da população, destaca-se a classe trabalhadora, dependente quase em sua totalidade, dos recursos e destinações provenientes unicamente do Estado, ente para o qual labuta e promove o desenvolvimento e, por que não dizer, recolhe tributos para um melhor atendimento do fim social. A promoção da saúde do trabalhador é essencial para a consolidação de um meio ambiente de trabalho saudável.

No que diz respeito ao papel da sociedade civil na defesa do meio ambiente do trabalho, estabelece o artigo 225 da Constituição Federal que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à própria coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Contudo, de nada adianta a existência de um belo arcabouço jurídico de proteção à saúde do trabalhador, como o que hoje existe no Brasil se, na prática, os índices de acidentes e doenças ocupacionais continuam altos, destruindo vidas e famílias, ou seja, o papel da comunidade mostra-se imperioso em vista das deficiências do Poder Público quanto a tal problemática⁷⁸.

Quanto à atuação dos sindicatos, a principal preocupação destes está mais ligada aos reajustes salariais e às alterações de cláusulas sociais. Desta forma, os mesmos permanecem incumbidos de uma atuação mais proeminente no sentido de defender, de uma forma mais contundente, a saúde do trabalhador, o que não tem se verificado na atualidade⁷⁹.

Chama-se atenção também para as CIPAs (Comissões Internas de Prevenção de Acidentes), que possuem a incumbência de cuidar e zelar por adequadas e seguras condições nos ambientes de trabalho, observando e relatando riscos; solicitando ao empregador medidas para reduzi-los e eliminá-los; e trabalhando também na prevenção de acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e orientação dos trabalhadores sobre tais pontos⁸⁰.

Quanto à atuação da sociedade, cita-se o próprio cidadão, de forma individual, ente plenamente e constitucionalmente capacitado a reclamar atos lesivos a diversos bens jurídicos tutelados coletivamente, entre eles atos que venham a ferir a saúde do trabalhador⁸¹.

Portanto, a aliança entre os entes legitimados à proteção da saúde do trabalho mostra-se como instrumento de salvaguarda dos direitos dos trabalhadores, os quais dependem, substancialmente, da concretização destas parcerias.

⁷⁸ MELO, Raimundo Simão de.. Op. Cit., p. 86.

⁷⁹ Ibid., p. 87.

⁸⁰ Ibid., p. 91.

⁸¹ Ibid., p. 94.

O Estado, ainda, pela legislação celetista, trouxe o direito ao recebimento dos adicionais que venham a recompor, de certa forma, os prejuízos causados pelo trabalho em condições agressivas de trabalho. Nesta seara, chama-se atenção para o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade.

Atividades insalubres, na concepção de Melo⁸², são aquelas que expõem os trabalhadores a agentes nocivos à saúde acima dos limites legais permitidos e que afetam e causam danos à sua saúde, provocando, com o passar do tempo, doenças e outros males, quase que sempre irreversíveis. O pagamento do adicional referido será à base de 10%, 20% ou 40%, de acordo com o grau de lesividade da atividade e, quanto à base deste cálculo, trata-se de controvérsia jurisprudencial ainda em discussão (artigo 192, CLT).

Destaque também à utilização dos equipamentos de proteção individual, obrigatoriamente fornecidos pelo empregador, os quais tendem à redução dos riscos de acidentes. Segundo a melhor doutrina e jurisprudência trabalhista, a negatividade no fornecimento de tais utensílios incidirá em rescisão indireta do contrato de trabalho por parte do empregador; bem como, pelo outro lado, caso o empregado se recuse em fazer uso dos mesmos, poderá ser dispensado de forma motivada. Aqui é pontuada mais uma situação que demonstra o zelo que vem sendo exigido quanto às questões alusivas à saúde, à segurança e à higiene do trabalho.

No que tange ao adicional de periculosidade, sendo este uma compensação pelo trabalho em contato com explosivos e inflamáveis, no setor elétrico e em atividades radioativas, o pagamento realizado importa em 30% e, quanto à base de cálculo, adota-se o salário contratual (artigo 193, §1º, CLT).

O que pode ser enfatizado, em sede dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, é o fato de que, em caso de eliminação dos riscos, os empregados não incorporam o pagamento destas parcelas, o que implica em concluir que, mesmo a compensação financeira por tais trabalhos não se mostra o ponto fundamental a ser relevado, tanto que a mesma pode ser retirada dos ganhos do trabalhador. Assim, vale dizer que o que voga é a neutralização total dos riscos a despeito dos ganhos financeiros.

Outro exemplo que pode ser dado diz respeito ao pagamento de horas extras. Entende-se, usualmente, que o recebimento de horas extras constitui favorecimento ao empregado, o que não pode assim ser considerado. O trabalho, além das jornadas contratuais permitidas, por longos períodos, não será compensado através do mero pagamento da hora

⁸² Ibid., p. 207.

com o adicional respectivo, uma vez que a agressão ao estado de saúde do trabalhador não é recompensada pela paga da hora. Ou seja, a realização de horas extras deve se dar em hipóteses de raridade junto ao mercado de trabalho, mas não em regra, sob pena de desgaste do trabalhador e diminuição considerável, não somente de sua caminhada laboral, como também de sua vida pessoal e familiar.

Ainda cita-se a proteção legal contra o acidente do trabalho e a doença ocupacional, pela qual o trabalhador lesionado percebe guarida previdenciária da autarquia INSS, seja ele urbano, rural ou avulso. Como corolário, encontram-se as figuras da responsabilidade civil e penal em caso dos infortúnios, as quais trarão à responsabilização os empregadores que quedarem-se desvirtuados quanto aos preceitos de proteção à saúde do trabalhador⁸³.

Por todas estas considerações, nota-se que o direito à saúde do trabalhador constitui uma das vigas ao bom desempenho profissional e à evolução da condição do trabalhador em seu meio social. Afinal, o bem-estar físico e mental apresenta-se também como ferramenta de trabalho, as quais merecem bom cultivo e dignificação por aqueles que detém o comando das atividades operacionais. No que concerne ao objeto de estudo, o desvio e o acúmulo de função, indica-se como necessária a proteção à incolumidade, uma vez que, acaso tipificadas tais situações, o obreiro mais bem disposto em menos se prejudicará.

1.4.2 Meio ambiente do trabalho

Trazer a esta pesquisa uma breve abordagem sobre o ambiente do trabalho é relevante, uma vez que as situações vivenciadas, que serão objeto de estudo, (acúmulo e desvio funcional) relacionam-se também ao espaço físico onde os trabalhadores são alocados para o trabalho, podendo vir a constituir causa às problemáticas tratadas neste trabalho, como seguirá exposto oportunamente.

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.)⁸⁴.

⁸³ ZANGRANDO, Carlos. **Princípios jurídicos do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 422.

⁸⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

Portanto, o conceito de meio ambiente do trabalho se associa ao bem-estar do trabalhador no local de trabalho, envolvendo aspectos como segurança, saúde e higiene. Para Silva⁸⁵, a delimitação de meio ambiente do trabalho se dá nos seguintes termos:

Meio ambiente do trabalho corresponde ao complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados, e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam.

Assim, meio ambiente de trabalho associa-se a uma noção de espaço, referindo-se ao conjunto de bens móveis e imóveis que o formam, permitindo o bem-estar do trabalhador. A noção de meio ambiente do trabalho foi recepcionada pelo texto constitucional, obtendo tratamento específico em seu artigo 200:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colocar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Tem-se, como ambiente de trabalho, o local, as dependências físicas que o trabalhador utiliza para exercício de suas funções. Neste local, o operário promove o necessário para o desenvolvimento de suas tarefas e, por consequência, é daí que depende para auferir ganhos para sua própria manutenção e de sua família.

A essência axiológica, insculpida pela Constituição Federal, que define a atividade econômica funda-se na valorização do trabalho humano, e tem por fim a *dignidade da pessoa humana*. Assim dispõe o artigo 170 do texto constitucional: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da justiça social [...]" (grifo nosso). A promoção da dignidade humana não rege apenas a atividade econômica, mas sim toda a sistemática do texto constitucional eis que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Adentra, enfim, ao valor de maior estima do Estado Brasileiro.

O respeito à dignidade do trabalhador, cuja força é utilizada nos meios de produção na busca do desenvolvimento econômico, é direito fundamental que deve ser preservado. [...] A valorização do meio ambiente de trabalho

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24 apud PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 41.

implica uma mudança de postura ética, ou seja, na consideração de que o homem está a frente dos meios de produção⁸⁶.

Nos ambientes de trabalho, encontram-se seres humanos que ali estão para adquirirem recursos para sua sobrevivência, não merecendo que sejam tratados como máquinas produtoras de bens e serviços. Neste passo, compreende-se que a obrigação premente de um meio ambiente de trabalho não encontra respaldo apenas na norma positivada, mas sim corrobora direito fundamental do ser humano.

Foi a partir da segunda metade do século XVIII, com o processo de industrialização, que surgiu o desequilíbrio ambiental. Ou seja, o processo capitalista que fez erigir a era da tecnologia, também trouxe consigo a degradação do meio ambiente, pois, da utilização desenfreada dos recursos naturais e da própria agressão às fontes destes recursos, tem-se o resultado econômico esperado.

Por uma visão otimista, a era do capitalismo trouxe a globalização, que vem a significar também uma conectividade instantânea entre as sociedades, o que resultou e resulta numa constante troca de informações que tem representado mudanças radicais nos meios de produção, com reflexos em toda a extensão da atividade econômica e na rotina da classe trabalhadora. Isto também significa que a força física humana vem sido abolida dos grandes centros de produção pela substituição destes operários às máquinas.

[...] tal acontecimento determinou, por um lado, o poderoso potenciamento do capital e dos instrumentos de produção; e, de outro, a necessidade da melhoria das condições dos trabalhadores, chamados a desempenhar função cada vez mais intelectual no processo industrial, além de um papel não menos relevante como destinatários das mercadorias produzidas⁸⁷.

Destacam-se as diversas doenças profissionais, aquelas produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho inerente a determinada função, bem como as doenças do trabalho, sendo as decorrentes das condições em que o trabalho é prestado, as quais devem ser consideradas para fins de análise e culpabilidade pelo ambiente de trabalho fornecido pelo empregador. Seja no plano individual ou no coletivo, a reparação de danos aos trabalhadores deverá ser condizente ao grau e qualidade do fornecimento dos meios de trabalho, os quais repercutem no bem-estar e saúde dos trabalhadores em geral.

O artigo 166 da CLT dispõe acerca da obrigatoriedade de fornecimento dos equipamentos de proteção individual ao trabalhador. Consigna-se a gratuidade e a indispensabilidade dos mesmos. O obreiro que vier a não utilizar de tais meios de proteção

⁸⁶ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 379.

⁸⁷ PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho...** Op. Cit., p. 34.

incorrerá em falta grave, inclusive punível com dispensa por justa causa. Os equipamentos deverão guardar perfeito estado de conservação e funcionamento. A utilização dos EPI é prevista como último recurso, ou seja, quando não for possível a neutralização do agente agressor por outra forma. Todavia, a valorização excessiva do uso do EPI é um equívoco já que estes não se destinam a eliminar, por completo, as deficiências ambientais e muito menos excluem a incidência de agentes insalubres na saúde do trabalhador.

A Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes em 1919, trouxe, como escopo, a melhoria das condições de trabalho, de forma que sua atuação e seus estudos apontam para um direcionamento uniforme dos impasses trabalhistas, pretendendo similitude internacional das normas de proteção ao trabalho.

Assim, inquestionável que a evolução tecnológica trouxe sérios impactos aos setores de produção. Se, por um lado, existe um menor desgaste físico dos trabalhadores, às vezes quase que insignificante se comparado ao início da Revolução Industrial, tem-se que o trabalhador, para não perder seu trabalho ou emprego, deverá adaptar seus conhecimentos não mais na prestação de árduas tarefas e sim em nível de intelectualidade para compreensão do novo sistema.

De toda forma, resta ao empregador a implementação de um ambiente de trabalho salutar e equilibrado aos seus operários, respondendo por ações ou omissões que possam repercutir desfavoravelmente na saúde do trabalhador. Outrossim, como já trazido, tal questão recebeu, inclusive, tratamento constitucional.

1.5 Princípios de Direito do Trabalho

Princípio do Direito constituem as vigas mestras de todo o sistema jurídico. Dos mesmos extrai-se a correta e aguardada aplicação do Direito frente à sociedade regida por este. As normas jurídicas trazem, como sustentáculo, fonte de inspiração nos princípios. Com base nestes institutos principiológicos, os quais são construídos à luz daquilo que é correto e aceitável no seio da sociedade, o Estado faz erigir suas regras de imposições comportamentais em face dos indivíduos.

A palavra “Princípio” traduz, na linguagem corrente, a ideia de “começo”, “início”, e, nesta linha, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo”, trazendo consigo o sentido de “causa primeira”, “raiz”, “razão” e, nesta medida, a ideia daquilo “que serve de base a alguma coisa”⁸⁸.

⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 171.

Assim, pode-se dizer que tais institutos estabelecem um parâmetro de condutas a serem seguidas e, com isso, formam um modelo padrão de convivência.

Cumpra salientar que princípios, em Direito, cumprem um papel de ínsita relevância, já que a ciência jurídica atém-se precipuamente às relações interpessoais e os fatos dali decorrentes. Assim, é indispensável que os mesmos ocupem uma posição hierárquica superior às normas positivadas, pois estas deverão se pautar naqueles, a fim de que possam alcançar o fim pretendido pela sociedade, que é o bem-estar comum pacífico.

É oportuno salientar que os princípios apresentam natureza normativa, não se tratando de meros enunciados formais. Isso é demonstrado quando se constata que destes são extraídas outras normas, significando que aqueles têm a mesma natureza. Além disso, os princípios também exercem certa função reguladora das relações sociais, como ocorre com as demais normas jurídicas⁸⁹.

Na intitulada fase jurídica, com a positivação das normas jurídicas, os princípios desempenham uma função de maior relevância, pois servem valiosamente à interpretação do Direito. Nesta oportunidade ainda, quando o operador do Direito vir-se despido de normas de aplicação ao caso concreto, os princípios servirão como relevante fonte de auxílio. Nos dizeres de Delgado⁹⁰, “a proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se fosse regra jurídica específica”.

Adentrando ao campo dos princípios peculiares do Direito do Trabalho, tem-se em destaque: princípio da proteção, princípio da norma mais favorável, princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, princípio da condição mais benéfica, princípio da primazia da realidade sobre formas, os quais serão brevemente discutidos nesta dissertação.

Décadas decorridas, ainda se encontram em todos os segmentos do Direito do Trabalho, quais sejam, atuação dos sindicatos, regulamentos empresariais, elaboração de normas trabalhistas pelo Congresso Nacional, decisões emanadas pela Justiça do Trabalho, inclusive em sede de seu Poder Normativo, entre outros campos afins, as mesmas diretrizes pretendidas à época da Revolução Industrial, as quais objetivavam a tutela e o amparo aos trabalhadores, em especial àqueles de condições financeiras mais simplórias. Assim, não podem os agentes de criação e alteração das normas do trabalho distanciar-se dos princípios precursores de todo este aparato protetivo.

Num cenário social globalizado, em que todas as sociedades se comunicam de forma ininterrupta, a troca de informações pela busca de uma qualidade de vida tem se mostrado

⁸⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009, p. 30.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho...** Op. Cit., p. 175.

eficiente. Esta constante conectividade entre as pessoas tem repercutido no âmbito jurídico, sendo que os países, representados pelos seus respectivos judiciários, têm enriquecido o estudo do direito comparado. Nesta esteira, as sociedades tentam aplicar em seus territórios, com as devidas adequações, sistemas concretizados com sucesso em outros países. Pode-se dizer que é um sistema de cooperação. Mesmo com esta evolução, o Direito do Trabalho, em qualquer sociedade civilizada, nunca perde seu marco principal, que é a recorrente busca pela proteção do trabalhador. E, exatamente por isso, é usual o socorro aos princípios, a fim de mediar e pacificar conflitos administrativos e processuais que envolvam empregados e empregadores.

Hodiernamente, há debates, em nível de tribunais, sobre choques entre princípios de alto escalão à solução de um caso concreto. O raciocínio recomendado e utilizado é uma aplicação maximizada do princípio que melhor atender à pacificação do conflito; quanto ao outro, que haja apenas uma redução de seu alcance, mas jamais sua supressão de incidência e atuação.

Com todo este aparelhamento de normas jurídicas e não jurídicas de tutela do trabalho, quais sejam, regras extraídas do direito comparado, regulamentos empresariais dos mais diversos, normas coletivas diferenciadas (já que conta-se com uma estrutura sindical livre de intervenções estatais), julgados que expressam os mais diversos entendimentos sobre uma mesma matéria, contratos individuais de trabalho com as mais inovadoras cláusulas, o que não falta são formas de regulamentação da relação “patrão-trabalhador”.

Assim, com tantas normatizações, geram-se conflitos. Sempre cada polo de uma relação entenderá aplicável, ao seu caso, a norma que lhe é mais favorável. Contudo, apenas um entendimento poderá prevalecer, cabendo ao mediador a aplicação dos princípios do Direito do Trabalho combinados com princípios da razoabilidade e boa-fé. Em vista disso, a análise dos princípios e de seus respectivos alcances comporta justificativas e, por que não dizer, caracterizar-se-á sempre como um estudo de vanguarda.

1.5.1 Princípio da proteção ou vulnerabilidade

O Direito do Trabalho sempre apresentou, de uma maneira bastante nítida, explícita até, um foco de proteção à figura do trabalhador, preterindo substancialmente a peça patronal. Por outro lado, considerando que o Direito é tendencioso e imperativo ao estabelecimento de uma relação de igualdade entre os indivíduos de uma forma geral, como explicar uma situação de desnivelamento de tratamento?

A princípio, então, se teria um sistema de proteção contraditório a alguns dos conceitos sociais que mais revolucionaram a história da humanidade e que vieram a repercutir no pensamento dos indivíduos, a citada igualdade.

Os estudiosos, de um modo geral, tentam justificar a razão desta disparidade de tratamento entre trabalhadores e patrões pela própria história do Direito do Trabalho, já tratada nesta pesquisa. Não poderia, de toda forma, ser calçada e justificada a proteção do trabalhador tão somente pela história do Direito do Trabalho, uma vez que o Direito como um todo, dentro de uma sociedade livre e democrática, demandam àqueles que o ditam (os julgadores pelos casos em concreto e os legisladores por uma imprecisa idealização de incidência normativa) um progresso evolutivo do pensamento de uma forma geral, com uma perspectiva de sempre “deixar” o Direito alinhado ao que exige dado momento histórico. Enfim, significar dizer que não basta a justificativa da sua história, mas sim entender e determinar o Direito do Trabalho como um todo, sintonizando aquilo que já ocorreu com perspectiva atual.

Dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o de proteção o mais relevante e o mais geral, dele constituindo os demais simples derivações. A proteção do trabalhador é a causa e o fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste. [...] Entre os critérios informadores próprios, idôneos para justificar a especialidade dessa disciplina em face do Direito Civil, se distingue por sua máxima importância o princípio de proteção ao trabalhador. [...] Esse princípio “constitui a medula do Direito do Trabalho”, tende a tutelar o trabalhador e informa toda a disciplina⁹¹.

O Direito do Trabalho é uma conquista social. O princípio da proteção do Direito do Trabalho tem, como já dito, sua base fundamental na história do trabalhador. Outrossim, como também aludido, deve fincar raízes noutros aspectos da relação laboral, o que se buscará tratar neste tópico.

De acordo com os ensinamentos de Silva⁹², há diversas razões que justificam a proteção ao trabalhador. A primeira delas diz respeito à subordinação jurídica ao empregador, pela qual o empregado ficaria a mercê da autoridade de seu empregador, numa sensação de supremacia de uma das partes sobre a outra. A figura patronal possui, de forma legítima, o poder diretivo sobre o funcionário, o que lhe assegura a prerrogativa de lhe comandar, dar ordens, direcionar os trabalhos e a forma de prestação dos mesmos e, em destaque, exercer o poder disciplinar, o que o habilita à aplicação de penalidades por desatendimento das ordens estabelecidas ou pela prática de faltas desabonadoras de conduta profissional. Muito embora

⁹¹ REIS, Jair Teixeira dos... Op. Cit., p. 26.

⁹² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 5.

haja limitação para o exercício do poder disciplinador, não há como se olvidar da existência de uma situação de inferioridade do empregado perante o seu comandante. Em acréscimo, ainda em evidência para fins de justificação do princípio protetivo da relação laboral, tem-se o aspecto econômico da relação trabalhista segundo o qual, mesmo não constituindo um elemento conceitual do contrato de trabalho, normalmente existe numa regra quase que absoluta.

Os estudiosos do Direito do Trabalho citam as técnicas, algumas delas utilizadas pelo Estado, outras pelos entes envolvidos nas relações de trabalho, no intuito de zelar pela figura do trabalhador. São algumas delas: o intervencionismo estatal nas relações de trabalho na forma de edição de normas legais e de cunho administrativo; a celebração de acordos e convenções coletivas, na famigerada negociação pelos entes sindicais; o dissídio coletivo e a autotutela.

O Estado intervém, precipuamente, por intermédio da normatividade imposta através das leis e normas regulamentadoras do trabalho. Embora perquirida a não intervenção da figura estatal na situação de Estado Liberal da atualidade, há necessidade do intervencionismo para determinadas situações em que a imperatividade das decisões judiciais e a legitimidade dos atos administrativos possam levar a efeito uma proteção justa e congruente às relações de trabalho ou, melhor dizendo, trata-se do melhor remédio à solução das problemáticas surgidas nas relações de trabalho, isto em comparação a quaisquer outras forças.

Como primeiro exemplo da inserção do Estado nos contratos de trabalho, tem-se o dissídio coletivo, no qual, por conta de desentendimento entre representantes sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, o Poder Judiciário Trabalhista, ao proferir sentença normativa, busca entregar uma solução ao impasse gerado e, com isso, neutralizar o conflito. Como segundo exemplo, o Estado, através do Poder Executivo, por intermédio do Ministério do Trabalho e do Emprego, busca traçar as diretrizes da prestação do trabalho propriamente dito, regulando e fiscalizando o cumprimento das normas trabalhistas. Quanto à edição de normas pelo Poder Legislativo, tem-se que as normas de Direito do Trabalho são criadas exclusivamente pelo Poder Legislativo Federal.

No tocante à negociação coletiva, quando considerada a liberdade conferida aos entes sindicais, afiançada pela Constituição Federal de 1988, refere-se à citada negociação coletiva do mecanismo de maior proteção dos trabalhadores, pois alguns destes, investidos nos postos de direção e comando das entidades sindicais, assumem o comando e defesa dos interesses de sua classe, o que vem a implicar na liberalidade de contratação de cláusulas de trabalho e remuneração, refletindo, ainda que de forma muito discutível, numa liberalidade na

condução dos trabalhos de negociação. Diz-se discutível tal liberalidade pois os acordos e convenções coletivas estão mais vinculados às condições econômicas e financeiras dos pactuantes do que à livre noção de liberdade e recusa em contratar. Um país como o Brasil, ainda em estado de desenvolvimento econômico, não poderia refletir outra situação que não essa.

No tocante à autotutela, cita-se a greve e o *lock-out*, institutos de manifestação, de repúdio dos trabalhadores às situações que os mesmos entendem como injustas e insatisfatórias.

Sobre o princípio da proteção, discorre Delgado⁹³:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros, seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, do Direito Individual do Trabalho *não se justificaria histórica e cientificamente* (grifo nosso).

Assim, a fim de incorporar o Princípio da Proteção ao tema desta pesquisa, pode-se concluir que o empregado, por ocasião de sua contratação, onde são ajustadas suas futuras atribuições funcionais, poderá, caso necessário, utilizar-se da proteção que lhe é implicitamente conferida, permitindo-lhe exercer a função para a qual efetivamente foi contratado (submetido a feixe aceitável de alterações), não sofrendo prejuízos de ordem profissional e psicológica.

1.5.2 Princípio da indisponibilidade

Considerar o princípio da indisponibilidade de direitos como um reflexo do princípio da proteção não seria um erro, uma vez que este princípio reflete um cunho protetivo às condições de trabalho, abarcando funções (objeto desta pesquisa), remuneração, local e horário de trabalho, entre os demais aspectos objetivos que rodeiam a relação de trabalho. De uma forma mais direta, tal instituto diz respeito a eventuais distorções aos termos do contrato que possam ocorrer após a contratação, ou seja, o que pode ser alterado, sem causar prejuízos direta ou indiretamente ao trabalhador.

Acerca do princípio da irrenunciabilidade de direitos, Garcia⁹⁴ exemplifica:

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho...** Op. Cit., p. 183.

[...] as normas que regulam as relações de trabalho não podem ser modificadas livremente pelo empregador, ou seja, não são dispositivas. Por exemplo, não são consideradas válidas estipulações, contrato individual de trabalho, de salário inferior ao mínimo legal, nem de férias por período menor do que o previsto em lei, ainda que o empregado concordasse com tais derrogações de direitos trabalhistas [...].

É quase que obrigatório trazer à colação, para uma melhor análise deste princípio, dois artigos da CLT, os quais permitem uma boa visualização, como também elucidação, da matéria ligada à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Quanto ao artigo 9º, é utilizado como balança de entendimento das questões relativas às alterações no bojo do contrato de trabalho, com fins de analisar e determinar se as mesmas constituíram ou não ferimento aos direitos do trabalhador e, com isso, se houve violação ao princípio em comento. Um exemplo prático sobre a incidência deste preceito de lei: um trabalhador não pode renunciar ao direito de usufruir férias ou de receber décimo-terceiro salário. Se tal fato ocorrer, mesmo que de forma escrita e expressamente clara, o renunciante poderá reclamar o recebimento de tais verbas, sem quaisquer empecilhos. Vê-se, assim, como incide o controle do artigo 9º frente à irrenunciabilidade de direitos.

Uma das justificativas a este artigo, dada pelos estudiosos do Direito do Trabalho, traz relação ao fato de que o operário, na vigência do contrato de trabalho ou mesmo para que este exista (para que seja contratado) acabe por anuir com previsões contratuais de renúncia, sejam elas escritas ou verbais, apenas para manutenção ou para que seja admitido. E isto, pelos exatos termos do artigo 9º, seria inaceitável e, por conseguinte, nulo em virtude da inegável sensação de prejuízos causados à figura do trabalhador.

Quanto ao artigo 468 da CLT, que norteará toda esta pesquisa, uma vez que trata do *jus variandi*, mostra-se bastante adequado de ser tratado também quanto à irrenunciabilidade de direitos. De acordo com o que estabelece tal premissa, mesmo que as alterações sejam consentidas pelo trabalhador, estas só terão validade acaso não resultem prejuízos, *de forma direta ou indireta*. A literalidade do artigo pode ser bem concebida por aqueles que estudam o Direito do Trabalho em virtude da menção de que os prejuízos podem ser sentidos de forma

⁹⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa... Op. Cit., p. 35.

direta e indireta, o que muito acontece no seio do contrato de trabalho. Enfim, a própria literalidade do artigo já expõe o alcance da norma. Assim, até mesmo um prejuízo notado de forma indireta poderá ser, desde logo, objeto de rejeição ao contrato de trabalho.

Contudo, mesmo ao se tratar de uma relação de notória especialidade em razão de sua função social, deve-se reconhecer também que a irrenunciabilidade de direitos é relativa, e não absoluta, aliás, como a maioria dos direitos, exceto aqueles de cunho personalíssimo.

Para entendimento do que seria esta renunciabilidade, considera-se que também se está diante de um instrumento de acordo de vontades que, com o transcorrer de sua vigência, é suscetível de sofrer alterações que, a princípio e a olhos nus, possam parecer prejudiciais ao trabalhador, mas em verdade podem retratar a buscada continuidade e permanência do contrato de trabalho, uma vez que o Direito do Trabalho constituiu, como um de seus pilares, singela perpetuação dos contratos de trabalho. Destaque também às atenuações sofridas pela fórmula *rebus sic stantibus*, presente também nos contratos de trabalho.

Como exemplo, no âmbito empresarial, porém na presença de representante da entidade sindical ou do Ministério Público do Trabalho, podem existir tratativas a fim de viabilizar economicamente o contrato de trabalho, até mesmo por que é melhor que o mesmo perdure, mesmo que não tão vantajoso ao trabalhador, do que seja finalizado por intransigência da classe operária frente à negociação. O mesmo ocorre quando o trabalhador está em juízo, onde estaria amparado pela figura do magistrado do trabalho, permitindo-o consentir sem vícios quanto à renúncia de direitos.

Cumprido destacar, mais uma vez, que eventuais renúncias a direitos trabalhistas podem ser verificadas, em sua grande maioria, apenas em questões não primordiais à dignidade do operário. O trabalhador, como exposto, não pode dispor, por exemplo, de férias para um descanso físico e mental ou de um décimo-terceiro salário no final do ano para um melhor proveito das festividades, mesmo que na presença da autoridade sindical, ministerial ou judicial, sob pena de ferimento ao seu núcleo básico de direitos. Nada lhe obrigaria a tanto.

A propósito, no intuito de ressaltar a importância de determinados institutos que não comportam renúncia sob quaisquer ângulos, convém trazer à colação a notícia de julgado recente sobre alguns dos direitos de cunho fundamental ao trabalhador, irrenunciáveis portanto, a exemplo das férias. No caso tratado pela notícia, a trabalhadora “ficou” nove anos sem tirar férias. Não tratou o processo judicial acerca do instituto da renúncia, abordagem deste tópico, porém a problemática lá traçada reflete substancialmente na irrenunciabilidade de direitos no sentido de que, mesmo transcorridos nove anos, restou deferida indenização

pela violação de um direito tido existencial, não apenas fundamental, como tratou o próprio julgado.

TRABALHADORA QUE PASSOU NOVE ANOS SEM FÉRIAS SERÁ INDENIZADA POR DANO EXISTENCIAL

[...] A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) condenou uma instituição a indenizar em R\$ 25 mil uma economista de Campo Grande que estava há nove anos sem conseguir tirar férias.

[...]

Dano existencial

O relator do processo no TST, ministro Hugo Carlos Scheuermann, ressaltou que a questão não se referia ao pagamento de férias não concedidas, e sim à violação do direito às férias. Quanto ao dano existencial, Scheuermann explicou que esse consiste no dano ao patrimônio jurídico personalíssimo, aqueles ligados à vida privada e à intimidade. O dano existencial ou à existencialidade teria todos os aspectos do dano moral, mas abriria uma nova vertente ao particularizar o dano na frustração do trabalhador em não realizar um projeto de vida e no prejuízo das relações sociais e familiares, em razão da privação do seu direito ao descanso. Nesse sentido, segundo o magistrado, o Regional violou o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A decisão foi unânime na Primeira Turma. (Processo: TST-RR-727-76.2011.5.24.0002)⁹⁵.

Assim, ressalvadas algumas exceções que não venham a incidir num contexto de proteção mínima ao trabalhador, os direitos laborais são irrenunciáveis; também por conta do instituto da alteridade presente em todos os contratos, podendo-se dizer que aquele que admite, nos exatos termos do artigo 3º da CLT, deverá reunir condições financeiras de arcar com aquilo que é sagrado ao trabalhador. Poderão as partes, apenas sobre determinados aspectos da relação de trabalho que não guardem risco à dignidade do trabalhador, negociar para que o mesmo permaneça sob seus préstimos, atendendo assim a primada continuidade das relações de trabalho.

No que tange a esta pesquisa, cumpre destacar que a destinação de tarefas do obreiro em consonância àquilo que foi ajustado, comporta também direito irrenunciável, não podendo o obreiro ser forçado ao cumprimento de atribuições que fogem as suas habilidades e conhecimentos técnicos, podendo sobrevir riscos ao seu estado psicológico e, com isso, desestabilização de sua condição profissional.

1.5.3 Princípio da norma mais favorável

Este princípio possui relevante importância na área do Direito do Trabalho. Especialmente por conta desta regra, que é estudada a hierarquia das fontes do Direito do

⁹⁵ Tribunal Superior do Trabalho. Economista que passou nove anos sem férias será indenizada por dano existencial. **Notícias**, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5089356>. Acesso em: 16 jul. 2013.

Trabalho e suas peculiaridades. Fundamenta esta regra principiológica no fato de que as normas trabalhistas estabelecem direitos “mínimos”, sendo que normas de inferior hierarquia podem atuar para ampliar direitos a despeito de sua hierarquia, devendo se aplicar a norma que mais atue positivamente em prol do operário⁹⁶.

Nesta seara, o exemplo clássico que utilizam os autores corresponde ao percentual do adicional de horas extras. A Constituição Federal de 1988 estabelece o pagamento do adicional de horas extras em 50% sobre o trabalho habitual. Caso uma norma coletiva ou lei ordinária indique um adicional de 70% para uma determinada categoria profissional, esta última que surtirá efeitos nos contratos de trabalho correlatos a esta norma, uma vez que mais benéfica aos trabalhadores alcançados pela regra.

Quanto ao momento de aplicabilidade efetiva deste princípio, pode ser explicitado da seguinte forma:

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em *três situações ou dimensões distintas*: no instante de *elaboração* da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de *confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de *interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão do Direito do Trabalho: *informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante* (grifo nosso)⁹⁷.

Assim, na apontada fase de elaboração legislativa, na dependência política do país, a criação ou alteração de norma trabalhista está atrelada ao Poder Legislativo Federal. Destaca-se, por evidente, a Consolidação das Leis do Trabalho, já com seus 70 (setenta) anos de vigência sobre as relações de trabalho brasileiras, texto de lei que já sofreu diversas alterações buscando um equilíbrio do contrato de trabalho empregatício frente a tantas transformações sociais que trazem, em cada momento, uma necessidade de moldagem do acordo de vontade que mais alavanca o progresso econômico de qualquer sociedade, o trabalho subordinado. A criação da legislação e modificações constitui a fase pré-jurídica, expressão utilizada por Maurício Godinho Delgado a definir esta fase de elaboração das normas de Direito do Trabalho.

Num segundo momento, destinado ao embate entre as regras que em análise, cada qual com suas particularidades, dos direitos trabalhistas em um determinado aspecto de

⁹⁶ ARAÚJO, Jorge Alberto. Princípios especiais do Direito do Trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito Individual do Trabalho**: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 13.

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 199.

incidência, a ideia do princípio é que prevaleça a mais favorável aos interesses da classe operária, como um critério então de hierarquia de regras, no qual a regra mais vantajosa se desponta perante a outra.

Valendo-se da interpretação jurídica das normas, o que pode despontar por uma terceira modalidade de utilização do princípio, o operador jurídico, em situação de conflito entre regras ou até mesmo entre interpretações de regras, deverá escolher a que mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho⁹⁸.

Neste contexto, é adequado citar as teorias da acumulação e do conglobamento. De acordo com a da acumulação, deve-se pinçar, junto às normas de que tratam de um determinado contrato de trabalho (lei, acordo coletivo, convenção coletiva, etc.) tudo o que mais favorável for e, assim, realizar um aproveitamento das destas melhores condições, construindo uma nova regulamentação totalmente voltada à satisfação do operário. Já a teoria do conglobamento sugere que, da análise de todas as disposições que tratem de uma modalidade de contrato de trabalho, mostra-se viável realizar um quadro comparativo entre as mesmas para, com isso, eleger apenas uma a incidir suas regras no ajuste, ou seja, segundo a qual aplicar-se-ia o instrumento mais favorável, sem o fracionamento dos institutos jurídicos. A jurisprudência inclina-se pela última teoria.

Buscando uma interpretação doutrinária do princípio ora tratado:

É no segmento relativo às fontes que apresenta o Direito do Trabalho *maior originalidade*. Mostra-se esta, quer na existência de fontes que só ele possui, não encontradas em qualquer outro ramo jurídico (convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa), que na modificação da hierarquia tradicional das fontes, com a prevalência da norma que mais beneficie o trabalhador, ainda quando inserta em regra de Direito hierarquicamente inferior. Tal modificação é consequência de um dos seus princípios, o da norma mais favorável, que assim deve ser formulado: havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela norma mais favorável. *O princípio da norma mais favorável é o mais amplo, em termos de proteção, e o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho, pois em nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior com desprezo da hierarquicamente superior* (grifo nosso)⁹⁹.

O texto acima colacionado não apenas definiu o que é o princípio da norma favorável, mas foi além ao pontuar que, dada a especialidade de proteção inerente ao Direito do Trabalho, em nenhum outro ramo jurídico uma norma inferior prevaleceria sobre uma superior; somente assim o é para favorecer o trabalhador, obviamente sempre pautando-se por

⁹⁸ Ibid., p. 200.

⁹⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da... Op. Cit., p. 65.

critérios de razoabilidade e justiça social, uma vez que o Direito não pode admitir distorções que levem a penúria da classe empregadora.

Dada esta deixa, pode ser suscitado o fenômeno da *flexibilização das leis trabalhistas*, ramo do Direito do Trabalho que emergiu na tentativa de equilibrar as relações entre patrões e empregados, primando primeiramente pela continuidade das relações de emprego, contudo, concomitantemente, fazendo valer a perpetuação de um emaranhado de prerrogativas mínimas que façam do trabalhador um ente de potencial inserção no vínculo social e econômico.

Sobre a flexibilização ainda, questão intimamente relacionada a este trecho da pesquisa, eis uma consideração doutrinária a este respeito:

Entendemos que o abrandamento do rigor das leis pode ser conveniente para alguns fins, *sem perda do sentido do Direito do Trabalho*, mas deve ser acompanhado da adoção de outras medidas, cada vez mais presentes nos ordenamentos jurídicos e que podem evitar a perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho [...] (grifo nosso)¹⁰⁰.

Enfim, retornado ao assunto princípio da norma mais favorável, apenas a título de esclarecimento, é necessário pontuar acerca de outro princípio de Direito do Trabalho, o da condição mais benéfica, costumeiramente confundido com o princípio da norma mais favorável. Determinado instituto, mormente sua essência esteja alinhada com o princípio ora tratado, pois, de certa forma, também visa entregar ao trabalhador seu direito na forma mais favorável, preconiza a manutenção das cláusulas contratuais mais vantajosas, *a título de direito adquirido*. Para efeitos, enfim, de distinguir um princípio do outro, é pontuado que, para o princípio da norma mais favorável, há o contraponto de normas, enquanto que para o da Condição mais benéfica, há o choque de normas contratuais, sendo elas ajustadas de forma escrita ou de forma verbal¹⁰¹.

Quanto ao princípio da norma mais favorável, que é forte aspecto da relação trabalhista, tem-se que a interligação deste princípio com esta pesquisa é de grande valia, uma vez que a pactuação de funções nada mais é do que o cumprimento de uma das cláusulas do contrato de trabalho, e que pode vir a sofrer ingerências do aludido princípio se, porventura, o empregado vir-se deslocado do âmbito de atribuições para o qual foi admitido.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho...** Op. Cit., p. 79.

¹⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 22.

1.5.4 Princípio da primazia da realidade

Em curtas palavras, invoca este instituto a preferência pela realidade dos fatos sobre os dados que possam constar em documentos ou acordos, ou seja, o que valerá para análise dos dissídios será o que efetivamente ocorreu no âmbito do local de trabalho.

Examinando o tema do ponto de vista concreto, traz-se uma situação de anotação em CTPS enquadrando o trabalhador como empregado não sujeito ao controle de horas, seja em razão da impossibilidade realizar o controle ou mesmo em virtude do exercício de um cargo de chefia, comando; contudo se, no decorrer do ajuste, o mesmo acaba por ter sua jornada controlada, inclusive prestando horas de trabalho por além da jornada a qual se submeteria caso “não” estivesse nesta condição, sem, todavia receber por esta sobrejornada, deverá haver incidência dos efeitos do princípio ora tratado.

Considerando o Princípio da Primazia da Realidade, este trabalhador, caso opte em ingressar na Justiça do Trabalho para que receber o horário extraordinário em razão do fato de que era sim submetido ao controle de jornada a despeito da anotação realizada em sua CTPS, esta situação, caso comprovada, valerá a enquadrá-lo como trabalhador sujeito ao controle de frequência ao trabalho e, assim, eventuais horas, que excedam à categoria a qual pertença, serão pagas como extraordinárias. Desta forma então, os fatos se sobressaíram perante os documentos.

Pode-se dizer que tal instituto principiológico reflete o princípio da boa-fé objetiva, afinal, sob este manto, todos os contratos devem ser interpretados e, por esta esteira, também o contrato de trabalho.

Um segundo fundamento para este instituto é o da dignidade da pessoa humana, assim colocado por Rodrigues¹⁰²:

Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato – que em algum grau participa da dignidade procedente da natureza humana – deve prevalecer sobre um elemento puramente intelectual e especulativo, como pode ser um texto de contrato”. Pondera mais que “...o Direito do Trabalho regula atividade humana que, embora possa se originar na obrigação emergente de um contrato, se desprende logo do seu texto para adquirir vida independente. Nisto influi decisivamente o fato de que se trate de um contrato de trato sucessivo, o qual determina *seu caráter dinâmico que leva a possíveis e frequentes modificações na prática. Reflitam ou não essas modificações na documentação, o certo é que para aplicar as normas trabalhistas devemos partir do que está ocorrendo realmente em cada momento* (grifo nosso).

¹⁰² RODRIGUES, Plá Américo. **Los principios de Derecho del Trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990 apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da... Op. Cit., p. 211.

Considerou o escrito acima que, dada mutabilidade das relações humanas, em especial aquelas que possam advir de um contrato de trabalho, é justo e razoável que suas implicações sempre decorram daquilo que realmente ocorreu, entregando aos documentos valoração relativa, os quais podem sempre ser elididos por prova com efetivo potencial a retratar a realidade vivenciada num determinado pacto laboral.

Este princípio decorre da boa-fé objetiva. Neste sentido, oportuno poder conceber a boa-fé contratual sob diversos ângulos, os quais podem ser assim dispostos de forma específica e direta. Em primeiro, destaca-se a boa-fé como um fenômeno psicológico, pelo qual quando se diz que alguém agiu de boa-fé, sabe-se intuitivamente que a pessoa agiu sem a intenção de causar dano ou desconforto a outrem ou agiu tomando como pressuposto que o outro também não lhe causaria desconfortos. A boa-fé também pode ser vista como valor ético, uma vez que não existiria boa-fé consigo mesmo. Boa-fé, como valor jurídico, significa a convivência entre seres humanos de uma forma límpida e honesta, não lesando ao próximo e entregando a cada um o que é seu. A boa-fé, aqui, seria um elo, um ponto de contato por identidade ou por suposição, entre a ética e o Direito. Boa-fé é um conceito ético e simultaneamente conceito jurídico¹⁰³.

Trazidos os conceitos acima, pode ser bem observado que o Direito do Trabalho, em sua essência, não busca “enxergar” apenas aquilo que é favorável para o empregado, como assim não o poderia, sob pena de infração a todos os alicerces preconizados pelo Direito, em especial a busca da verdade real dos fatos. Na seara do Direito do Trabalho, trata-se de fazer valer a justiciabilidade dos direitos sociais, todavia todas as regras e institutos principiológicos do Direito guardam suas limitações, o que traz aos jurisdicionados a garantia de se ter um Estado livre, democrático e, precipuamente, de Direito.

Na sua função de criação de deveres jurídicos, a boa-fé objetiva possibilita o reconhecimento de obrigações subsidiárias, de natureza instrumental, que são diferentes dos deveres principais ou secundários da relação contratual, mas anexos a ela. Ao ensejar a criação de deveres jurídicos entre os sujeitos contratuais, a boa-fé não apenas torna coerentemente exercitáveis os direitos decorrentes do contrato, mas, sobretudo, traz a garantia de que este será cumprido de acordo com as finalidades econômico-sociais a si impostas tanto pelas partes, como pela sociedade¹⁰⁴.

Assim, a boa-fé objetiva leva à criação de deveres anexos, que são aquelas obrigações que decorrem do comportamento dos indivíduos contratantes, atitudes estas que

¹⁰³ MORI, Celso Cintra. A boa-fé no Direito Civil. **Revista do Advogado (AASP)**, ano XXXII, n. 116, jul./2012, p. 54-55.

¹⁰⁴ JUGEND, Débora. **A formação do vínculo contratual**: o problema (da proteção) da integridade do consentimento no âmbito do contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 25.

dispensam uma regulamentação expressa por tratarem de medidas que guardam certa obviedade quanto ao seu cumprimento no bojo não somente do contrato de trabalho, como em qualquer outro ajuste. Portanto, não basta que as partes cumpram apenas a obrigação principal: os contratantes devem cooperar entre si, agir com lealdade para que o negócio jurídico obtenha êxito e, assim, alcancem o fim pretendido. Um exemplo a fim de tornar claro o que seria um dever anexo ao contrato de trabalho pode ser a obrigação do empregado em não avariar os instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, sendo desnecessária a regulamentação expressa da ilicitude de conduta como tal.

Numa contraposição ao exemplo trazido sobre controle de jornada, caso o empregado seja registrado na modalidade comum de controle de frequência, ou seja, sem anotações como as do artigo 62 da CLT, contudo esta situação não for efetivamente verificada, ou seja, o trabalhador tiver laborado sem o controle de jornada, não fará *jus* a eventual labor extraordinário. Enfim, sempre estará o Direito do Trabalho com vistas à realidade fática.

Martins¹⁰⁵ entende o seguinte quanto ao princípio da primazia da realidade, também contribuindo com uma exemplificação, somando ainda uma conclusão desta questão ao final do trecho abaixo colacionado:

No Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos. Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos entre as partes. *São privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada.* (grifo nosso).

Busca o princípio da primazia da realidade apurar as situações do contrato de trabalho postas à apreciação, no que pode ser destacado, de forma contundente, as funções exercidas pelo trabalhador, o foco desta pesquisa.

Isso porque o valor “Justiça” necessita não de “adjetivos”, mas sim de vontade humana, e de um instrumento para a sua realização. A vontade humana só depende de nós, da conscientização de cada um sobre seu papel e de sua responsabilidade na grande obra da Humanidade. O instrumento é o

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 65.

Direito. Apenas ele tem, entre os mortais, o poder de servir de veículo para realização da Justiça, pura e simples, sem necessidade de adjetivos¹⁰⁶.

O Direito do Trabalho, pautado pelo norte da boa-fé dos contratantes, busca entregar ao empregado os direitos que venham a corresponder com os acontecimentos vivenciados no decorrer do ajuste, o que vai de encontro às burlas porventura criadas por aqueles que tentam desvirtuar o recebimento de direitos e garantias em geral.

Neste ínterim que o Magistrado do Trabalho, bem como aqueles que trabalham em favor da Justiça Social preconizada por este ramo do Direito, utilizarão dos instrumentos que proporcionem a obtenção dos dados reais, concretos e efetivos que circundaram o contrato de trabalho posto à análise e, por este caminho, farão valer os direitos trabalhistas.

¹⁰⁶ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 206.

CAPÍTULO 2 - CONTRATO DE TRABALHO FRENTE AO DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÕES

O Direito do Trabalho preconiza, nos vínculos contratuais que estuda, a nota da confiança, impondo que a veracidade prevalece sobre os aspectos formais do contrato. Isto vem a constituir fundamental importância a fim de compreender os aspectos que circundam as problemáticas do desvio e o acúmulo de funções, pois, nestes institutos de transgressão ao contrato de trabalho, o trabalhador fica sujeito a um contrato de trabalho formal, mas adstrito a funções que nele não estão descritas e que não são de sua competência.

Em adição, importa destacar que, para esta pesquisa, o estudo se dará no foco das relações de emprego, abandonando, desta forma, uma abordagem quanto às relações de trabalho num caráter de generalidade, a respeito das quais foi oportuno discorrer somente até o capítulo antecedente, embora o seu tratamento tenha sido incidental porque já se sinalizava por um contexto da relação empregatícia de trabalho, dada sua conotação do relato histórico do Direito do Trabalho, o qual mais tratou do trabalho operário, industrial, *que nada mais foi que o início do trabalho subordinado*, sem falar no estudo dos princípios do Direito do Trabalho, cujo enfrentamento estava intimamente ligado ao contrato de emprego e, por fim, na legislação tratada no tópico anterior, de forma especial a Consolidação das Leis do Trabalho, que liga-se ao contrato de emprego.

Toda pesquisa deve apresentar um norte de direcionamento de seu tema e, via de consequência, contribuir para o meio acadêmico para o qual pretende sua inserção. Por conta disso, não pode tentar revolver diversos ângulos de estudo, sob pena de desvirtuar o seu objetivo, que é o de enriquecer um determinado tema sob uma determinada ótica. Assim, nesta dissertação em apreço, cada um dos tópicos genéricos de Direito do Trabalho é estudado com a finalidade de compreender o desvio e o acúmulo de funções no contrato de *emprego*.

Com efeito, este capítulo versará sobre alguns dos significados e aspectos pontuais do contrato de trabalho na modalidade empregatícia, incluindo sua serventia frente à contemporaneidade e, com isso, prestar contribuição ao entendimento do tema desta pesquisa, o desvio e o acúmulo de função, para que, no próximo capítulo, seja possível estudar um viés deste tema, qual seja o do reconhecimento do dano moral correlato.

2.1 Premissas Iniciais do Direito Contratual do Trabalho

Por adequado, em que pesem as outras espécies de contrato de trabalho, na qual se destacam o trabalho eventual e o autônomo, contribuírem em muito para o desenvolvimento econômico do país, é possível afirmar que a relação de emprego, o trabalho subordinado na boa acepção da palavra, é aquele que desponta no meio social, mesmo porque constitui a forma abrangente de contratação de trabalhadores. Por outro lado, também aqui é conveniente rememorar a Reforma do Judiciário, que trouxe considerável modificação na competência material da Justiça do Trabalho, agora podendo ser considerada como a Justiça de todos os trabalhadores, excetuando, apenas, a figura dos estatutários. Não obstante, tanto na relação de trabalho como na relação de emprego, há características comuns, que serão colacionadas neste tópico.

Antes de adentrar nas premissas do contrato de emprego, interessante esclarecer a natureza dos contratos trabalhistas como um todo. De início, o contrato de trabalho era visto como de natureza de venda e compra, sendo o salário o preço do serviço e o trabalho como a energia ou mercadoria vendida, analogicamente fazendo uma comparação ao serviço de energia elétrica. Objeto do contrato seria, então, a energia do trabalhador. *Entretanto, considerando a dignidade da pessoa humana, essa tese conceituadora do contrato de trabalho não prevaleceu, afinal é um ser humano que trabalha.* Não apenas isto, compreensível destacar também que o contrato de venda e compra tem natureza instantânea, conquanto o de trabalho detém um caráter de permanência, o chamado ajuste de trato sucessivo. Ainda neste viés, compreende Martins¹⁰⁷ que o trabalho não seria uma mercadoria.

A doutrina discorre sobre as características de todo contrato de trabalho de pessoa física de uma forma geral (o que pode abranger a relação de trabalho como um todo, ou seja, inclusive mas não exclusivamente envolve a relação de emprego), servindo para esta pesquisa como um bom início de elucidação de algumas nuances dos contratos de emprego. Entende Nascimento¹⁰⁸ que algumas características devem estar presentes tanto no contrato de trabalho celebrado com a pessoa física, quanto no contrato de emprego, que a mais terá a subordinação que os outros contratos não apresentam.

A primeira é a pessoalidade, pela qual será de trabalho toda relação jurídica que tenha objeto residente na atividade profissional e pessoal da pessoa natural para outrem. A pessoalidade pode também ser entendida como intransferibilidade ou infungibilidade, que é o requisito *intuitu personae*, ou seja, não pode o trabalhador substituir-se por outro na prestação

¹⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 82.

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 539.

de trabalho, uma vez que a confiança, tanto pessoal como profissional, reside na pessoa com quem se realizou o contrato de trabalho¹⁰⁹.

Argumentando o que foi alinhavado acima, uma das fortes características dos contratos de trabalho sempre foi e há de ser a confiança recíproca entre trabalhador e patrão. Noutras palavras, contratada ou admitida determinada pessoa ao exercício de determinadas atribuições, caso tal situação não assim se verifique no curso do contrato, acaba rompido, como já dito, um forte elo que justificou a contratação, qual seja o da pessoalidade na prestação de serviços, característica esta que traz implicitamente o sentimento de credibilidade que uma parte tem quanto a outra. Em grossos termos, a relação sempre se deu “na base da confiança”, e dessa maneira perdura até hoje. Pode ser, até mesmo, que o empregador tenha dúvidas acerca da capacidade técnica ou de outros fatores profissionais de seu emprego, porém, dificilmente, o requisito da confiança estará ausente.

Mostra-se imperioso destacar que, mesmo diante de todo um quadro de evolução, em quase nada mudou a necessidade do empregador de se ver confiado na pessoa que contrata, mesmo porque nada lhe obriga à contratação, e isto desde tempos remotos. O que o Direito do Trabalho não pode conceber, vedação que é trazida ao direito positivo, são condutas discriminatórias nesta etapa do contrato de emprego.

Art. 1º, Lei n. 9.029/95. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Como segunda característica, aponta-se a profissionalidade, a fim de distinguir o contrato de trabalho do labor voluntário, benemerente ou assistencial. Já em terceiro, considera-se a indissociabilidade entre trabalhador e o trabalho que presta, o que mais destaca a singularidade da relação de trabalho. Enquanto última característica do trabalho prestado por pessoa física, destaca-se a continuidade quanto à mesma fonte de trabalho, que pode estar presente até na figura do autônomo continuativo¹¹⁰.

Assim, constituem estas algumas das características doutrinárias do trabalho prestado pela pessoa natural, o que não pode ser confundido com os requisitos da relação de emprego, o que ainda será abordado, mormente alguns aspectos de coincidência.

Vale dizer também que o contrato de trabalho possui uma fase pré-contratual, que inclusive foi objeto de referência agora há pouco, quando se tratou da necessidade do

¹⁰⁹ Ibid., p. 539.

¹¹⁰ Ibid., p. 539-540.

empregador de empreender certo grau de confiança na pessoa a quem admite ser seu empregado. Nesta fase, considerando que o contrato nem sempre se aperfeiçoa de forma instantânea, as tratativas ocorrem no intuito de comungar todos os interesses das partes. Convém ressaltar, por oportuno, que o aspecto da pré-contratualidade será objeto de análise na oportunidade de dissertar sobre desvio e acúmulo de função, uma vez que o que foi acordado anteriormente influirá decisivamente quanto às funções a serem exercidas pelo trabalhador, como também em toda a dinâmica do contrato de trabalho.

Sobre esta fase antecedente à contratação, salutar transcrever algo sobre a limitação à autonomia individual do contrato de trabalho:

A autonomia da vontade individual, portanto, embora limitada no que respeita às condições contratuais mínimas, resultantes da lei, do contrato coletivo ou da sentença normativa, subsiste no contrato de trabalho, seja, necessariamente, na formação do contrato, que é um acordo de vontades, seja na estipulação de seu conteúdo quando este for além do mínimo legal¹¹¹.

A conclusão que pode ser retirada desta citação é de que, embora os contratantes detenham liberdade de estabelecer os termos do contrato de trabalho, fica, de certo modo, restringida aos direitos mínimos do trabalhador, os quais vêm previstos nas citadas fontes do Direito do Trabalho, quais sejam a lei, as normas coletivas de trabalho e, até mesmo, a decisão exarada em sede de dissídio coletivo. Isto nada mais é que a proteção do trabalhador, nunca dispensada pelo Direito do Trabalho, nem mesmo quando da fase de pré-contratação.

O que também pode ser aqui reparado é que, mesmo num momento como o da pré-contratação, no qual, na maioria das vezes, tem-se o empregado em situação de fragilidade, pois somente “procurou” o emprego em vista de sua necessidade e está na dependência de aquiescência do empregador em aceitá-lo, impera o manto de proteção à figura do empregado considerando que a renúncia de direitos mínimos, somente para ver-se contratado, não terá validade alguma perante um árbitro ou em sede de disputa judicial.

Também ainda de forma preliminar ao início do contrato, pode-se ventilar a questão do treinamento com fins de aprovação de contrato de trabalho que, por muitas vezes, acaba por repercutindo uma problemática: pode ou não ser considerado como o início da relação de empregatícia? Se, porventura, já estiver o “empregado”, de certa forma, subordinado ao comando do “novo empregador”, bem como inserido no contexto da relação de trabalho, já até se prestando a executar tarefas, não podem gerar dúvidas sobre a confirmação de contratação e o efetivo início do contrato de trabalho. Se, contudo, o candidato (aqui pode

¹¹¹ MARANHÃO, Délio. **Contrato de trabalho**. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; et. al. (Org.). **Instituições de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1, p. 256.

assim ser chamado) estiver adstrito a um treinamento mesmo, com fins específicos e exclusivos de aprendizado, pode-se assim ser considerada uma fase que antecede ao contrato de trabalho, não gerando incidências da relação empregatícia.

De toda forma, a lei já disponibiliza o contrato de experiência, no qual é suscetível de ocorrer treinamento e também o trabalho subordinado, ou seja, todos os efeitos do contrato, contudo, como já dito, *acrescido de treinamento e avaliação*, o que facilita o não cometimento de contratos de emprego disfarçados de treinamento. Como de costume, o Direito do Trabalho disponibiliza ferramentas de cunho protecionista ao trabalhador, como também busca elevar a primazia da realidade sobre as formas e boa-fé contratual objetiva.

Assim, são estas as considerações iniciais do contrato de emprego, as quais já fornecem uma noção geral do objeto de incidência dos institutos do desvio e acúmulo funcional. Outras informações poderão, a um bom ver, serem tratadas quando das especificações do contrato de emprego em tópico próprio para tanto.

A propósito, com o fito de esclarecer a diferenciação entre relação de trabalho e de emprego para, daí em diante, centralizar os estudos na relação empregatícia, segue o entendimento de Delgado¹¹²:

Relação de Trabalho x Relação de Emprego – A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. [...] A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas da relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

Da forma como trazida acima, restou verificado que relação de trabalho e de emprego diferem entre si, embora possuam características em comum. O significado da relação de trabalho traz consigo também sua exemplificação de incidência no universo jurídico das relações havidas entre prestadores de serviços e tomadores de serviços, para não mais dizer empregados e empregadores, figuras estas presentes tão somente no contrato de emprego que passa a ser estudado.

¹¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 285-286.

Assim, quanto ao contrato de emprego, âmbito de ocorrência do desvio e do acúmulo de função, objeto desta pesquisa, tem-se que, primeiramente, é necessário compreender um pouco do contrato de trabalho em geral. Pede-se considerar, a partir desta fase da pesquisa, que, mesmo quando utilizada a expressão “contrato de trabalho”, pretende-se referir ao contrato de trabalho empregatício.

2.2 Conceituação e Delimitação do Contrato de Trabalho Empregatício

A partir deste tópico, então, se tratará do contrato de trabalho empregatício, no qual as práticas de desvio e acúmulo de funções são recorrentes. Relevante ratificar acerca de sua valiosa importância no contexto social brasileiro, bem como em sede internacional, relevando-se instrumento de efetivação dos direitos sociais (trabalho induz o progresso social do operário) e contribuindo, assim, de maneira notável para o desenvolvimento econômico das sociedades que dele se utilizam como principal ferramenta do mercado do trabalho.

Não é demais aludir, mais uma vez, à fase que antecede a contratação, apenas para rememorar a liberalidade de contratação empregatícia. Ou seja, compete ao empregador primeiramente querer contratar para, posteriormente, eleger o indivíduo adequado para cumprimento das realizações funcionais.

Observe-se que a liberdade de contratar empregados se revela em dois âmbitos: primeiro, o direito à decisão de contratar ou não; o segundo, o direito de livre eleição do trabalhador. Teríamos, assim, a liberdade de contratar e a liberdade de eleição¹¹³.

Sua previsão legal consta no texto celetista: “artigo 442, CLT. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Embora se tenha um texto de lei de poucas palavras sobre o contrato de trabalho empregatício, há muito a ser suscitado a seu respeito, mesmo porque a própria carência de desenvolvimento legal expresso contribui para o aparecimento de diversas interpretações, ou seja, quanto menos a legislação entrega sua previsão com rigores literais e gramaticais, mais recorrentes são as margens de discussão sobre aquilo que entendem os estudiosos e operadores do Direito no sentido de que a lei não foi clara, restou silente ou dá margem a diversos posicionamentos.

Há diversos conceitos para o contrato de trabalho sob a forma empregatícia. Foram eleitos dois dentre outros bastante adequados, contudo estes apresentaram a sua conceituação de forma mais clara e precisa.

¹¹³ MEIRELES, Edilton... Op. Cit., p. 49.

Define Maranhão¹¹⁴:

Contrato de trabalho *strictu sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

O conceito acima arremata os pontos essenciais da relação de trabalho empregatício, delimitando, de maneira nítida e substancial, o que a distingue dos demais contratos de trabalho ao percorrer por todas as nuances deste ajuste: contratação de pessoa física para trabalhar; pagamento de remuneração; trabalho sendo realizado de forma contínua; e, por final, subordinação em relação àquele que o contratou. Por hora, tais ponderações bastam eis que, posteriormente, a análise dos requisitos da relação empregatícia trará um aprofundamento das questões ora postas.

Pinto, por outra visão, apresenta um conceito mais analítico:

O contrato, ou negócio jurídico bilateral, é formado por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, que se ajustam na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte¹¹⁵.

Trabalhando o conceito acima, pode-se compreender alguns aspectos da relação contratual empregatícia sob diversos ângulos de visualização. Primeiramente, trata-se de um acordo, o que leva a entender como um ajuste de vontades, que poderá até mesmo, como será falado adiante, ser realizado de forma verbal ou forma escrita.

Quanto ao conteúdo, oposto e convergente ao mesmo tempo, entende-se apropriada a colocação feita, uma vez que, embora as partes busquem um resultado unitário sob um determinado ponto de vista (a conclusão de uma tarefa ou tarefas, mesmo que em parcelas sucessivas), *somente* o empregado busca uma satisfação pecuniária, bem como *somente* o empregador busca a execução de tarefas. Para o trabalhador, a execução de tarefas pode ser concebida como uma condição a fim de receber sua remuneração. Para o empregador, o pagamento do salário pode ser concebido como mero adimplemento obrigacional.

Percebe-se, desta forma, um ponto de destaque do contrato de trabalho, inerente a quase todos os contratos, em especial os civilistas – interesses convergentes quanto ao objeto, que serão alcançados por caminhos similares percorridos pelos contratantes, o que se dá também e de forma especial no caso do contrato de emprego.

¹¹⁴ MARANHÃO, Délio... Op. Cit., p. 245-246.

¹¹⁵ PINTO, Carlos Alberto de Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005 apud JUGEND, Débora... Op. Cit., p. 17.

Nascimento¹¹⁶ traz o seguinte significado para o contrato de trabalho:

O contrato de trabalho não pode ser entendido como um documento escrito, porque essa não é a sua complexa essência, mas sim apenas uma de suas formas. Contrato é muito mais que isso e envolve aspectos que têm na sua autodeterminação da vontade um dos seus pontos nucleares e que no Direito do Trabalho tem peculiaridades, uma vez que, ao contrário dos direitos do contrato comum, nos quais o seu objeto é totalmente desvinculado da pessoa física contratante, nos contratos de trabalho há o comprometimento da própria pessoa do trabalhador com um fazer – para outro – que a insere como pessoa no próprio objeto do contrato.

No trecho acima, mormente a condição de contrato enquanto ajuste de vontades, restou ainda enfatizada a questão da pessoalidade do contrato de trabalho, que é a entrega pessoal daquele que foi admitido, em outras palavras, o aclamado tom de comprometimento que tanto é exigido da figura do operário, seja para fins de empreendedorismo econômico ou até mesmo para um trabalho ordinário a ser realizado. Em consequência, determinou o doutrinador a inserção da própria condição pessoal do trabalhador no objeto de trabalho como fator de determinação e diferenciação do contrato de trabalho frente a todos os demais contratos existentes num dado universo jurídico.

Assim, trazida uma boa conceituação e um significado do Direito do Trabalho já num tom elevado de argumentação, cabe discorrer sobre demais aspectos do contrato de emprego. Mais uma vez pede-se considerar que, mesmo utilizada a expressão contrato de trabalho, que sempre seja entendido como contrato de trabalho empregatício a partir deste tópico.

Mas como pode ser visto, então, o contrato de trabalho empregatício? Já foi trazido um conceito e uma significação, esta última mais sob um foco argumentativo. Trata-se de um contrato de Direito Privado, ou, caso se insurja à doutrina alemã no sentido de que a ingerência do Estado em diversos aspectos desta relação o tornaria um contrato público, trata-se de um contrato de Direito Público. Não se pode confundir Direito Público com disposições legais de ordem pública, que também existem nos contratos privados. Não obstante, é um contrato *intuitu personae em relação à pessoa do empregado*, ou seja, é praticado tão somente em razão da existência da figura do trabalhador, em consequência da fidúcia nele depositada. Também se afigura como um contrato sinalagmático, posto que dele resultam obrigações contrárias e equivalentes, e de trato sucessivo ou débito permanente, pois seu prolongamento temporal faz com que os direitos e obrigações renovem-se constantemente. Sua outra característica diz respeito à onerosidade, ou seja, é prestado mediante o pagamento de uma

¹¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho...** Op. Cit., p. 335-336.

remuneração, se assim não o fosse, perderia um dos fatores determinantes. Por fim, destaca-se que ele pode ser acompanhando de contratos acessórios, tais como o de depósito, entre outros potencialmente atreláveis¹¹⁷.

No tocante aos pressupostos formadores da relação de emprego, pede-se atenção aos enunciados iniciais da Consolidação das Leis do Trabalho no próximo tópico, os quais trazem a conceituação (ou delimitação) das figuras operária e patronal e, com isso, leva à compreensão dos principais contornos limitativos da relação empregatícia, a deixá-la com atributo *sui generis* perante não tão somente as demais relações trabalhistas, como também em relação a todas as outras modalidades contratuais.

Traçando o contrato de trabalho empregatício sob o panorama da contratualidade pura, podem-se trazer mais algumas argumentações. As obrigações do contrato de trabalho, para ambas as partes, são numerosas, assim como em qualquer outro ajuste que venha a ser regido pelo Direito. Assim, relevante abordar o que traz ao contrato de trabalho o seu caráter de ajuste de vontades, ainda mais pelo fato de existirem doutrinas que não o concebem desta forma.

Quanto aos deveres do empregado, a principal obrigação é prestar o trabalho contratado sendo que, como já visto, trata-se de uma obrigação de cunho pessoal, intransferível, salvo rara exceção e sob a autorização do mandatário. Traçando um paralelo com o que já foi objeto de estudo até este momento, adequado relembrar da relação de confiança simbolizada e concretizada por intermédio deste ajuste. Destaca-se também o dever de diligência no escopo da prestação de serviços e que, porventura não seguido, gera o direito à rescisão do contrato por parte do empregador. Em continuidade, vislumbra-se o dever de obediência às diretrizes trazidas pela figura patronal, o que pode suscitar, em caso de descumprimento deste dever, a necessidade do exercício do poder disciplinar, com vistas à organização e ao bom funcionamento da estrutura do trabalho¹¹⁸. Podem-se citar também como inerentes aos trabalhadores, na qualidade de outros ofícios, os reflexos de ordem prática quanto à narrativa dos deveres acima: cumprimento dos horários estabelecidos, informação das tarefas prestadas, solução das problemáticas corriqueiras surgidas e postas a sua resolução, entre diversas outras que levam ao desempenho do trabalho para o qual foi contratado.

Sob outro ângulo, as obrigações do empregador também constituem um rol extenso, não taxativo diante da complexidade do contrato de trabalho empregatício. A principal

¹¹⁷ MARANHÃO, Délio... Op. Cit., p. 248-249.

¹¹⁸ Ibid., p. 263.

obrigação é pagar o salário ajustado, bem como todos os direitos e benesses que seu empregado venha a adquirir, seja em virtude da lei, de norma que ampare sua classe profissional ou qualquer outro meio legítimo de criação de direitos. Destaca-se também a prevenção dos danos físicos ou de ordem moral aos seus subordinados, proporcionando, desta forma, um meio de ambiente saudável e harmônico. Algo que também merece atenção consiste na obrigatoriedade em dar trabalho a quem contratou e, primordialmente, respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta da pessoa humana¹¹⁹.

Assim, como se observou, a obrigatoriedade no que tange à respeitabilidade do trabalhador sobressai-se até mesmo quando a discussão envolve aspectos de ordem contratual, o que reforça a ideário de condição de dignidade do trabalhador com primazia sob quaisquer outras ordens que circundam as problemáticas concernentes à relação de emprego.

2.3 Formação do Contrato de Emprego

Em continuação ao tópico anterior, a título de compreensão do contrato de trabalho empregatício em todos os seus focos essenciais, cumpre agora delimitar a formação do contrato de emprego consoante as disposições dos artigos celetistas que tratam legalmente das figuras do empregado e do empregador:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Assim, passa-se à análise do trabalho subordinado em si, especialmente no tocante aos requisitos da relação empregatícia, onde se pode notar consideravelmente que os trechos legais acima posicionados constroem uma estrutura que alicerça as cláusulas essenciais do contrato de emprego, entabuladas sob o aspecto da pessoalidade, subordinação, continuidade e onerosidade.

Quanto ao primeiro requisito da relação empregatícia, trazido pela lei, qual seja a pessoalidade, embora já tenha recebido tratamento nesta pesquisa por sua relevância e notoriedade no contrato de trabalho, cabe trazer ainda algumas considerações a seu respeito. Neste aspecto, inicialmente, fala-se do termo “pessoa física”. *Não há contratação empregatícia de pessoa jurídica ou de qualquer outro formato que não o indivíduo humano;* não existem meios para tanto. Ideia divergente significaria um total despropósito. Não poderia

¹¹⁹ Ibid., p. 264.

o Direito do Trabalho, em quaisquer de suas fases, nutrir algo que fugisse por completo ao escopo fundamental da relação de trabalho, que é a elevação da condição tão somente do ser humano trabalhador, aquele ser operário nascido à época da Revolução Industrial.

Afirma-se, desde logo, que o progresso econômico empresarial, decorrente do trabalho, traz vinculação com outra ótica de perspectiva do Direito do Trabalho, que não a que está em pauta neste momento, ou seja, em nada o desenvolvimento econômico se relaciona com o que se tenta assegurar neste exato momento de estudo: o contrato de emprego deve, e só assim será legítimo, ser realizado com pessoa física.

Destaca-se ainda que, se assim não o fosse, haveria uma completa incompatibilidade de todo um arcabouço de normatização arraigado pelo Direito do Trabalho em sociedade, que somente existe e pode ser aplicado para a contratação de pessoa humana, jamais para qualquer outra espécie de ente, mesmo que detentor de personalidade jurídica. Oportuno lembrar o quanto a Justiça do Trabalho tem rechaçado o fenômeno da “pejotização”, que vem a ilustrar exatamente a ideia atacada logo acima. Por intermédio desta manobra, busca-se obter a prestação do trabalho subordinado sob o manto de contratação de serviços de pessoa jurídica.

Neste ponto, destaca Delgado¹²⁰ que a própria expressão “trabalho” já denota, necessariamente, a realização por uma pessoa natural, enquanto que “serviços” pode ligar-se tanto à pessoa física como à pessoa jurídica. Mais uma vez pode-se visualizar a força da ligação do termo “trabalho” com o ser humano.

Mas, enfim, voltando ao foco da pessoalidade como requisito da relação de emprego, prevê o artigo que a relação de emprego, por este viés, não tolera que um empregado o faça substituir por outro, sob pena de descaracterização da relação. Reporta-se ao que foi dito no tocante à credibilidade que somente foi depositada na pessoa contratada, o que justifica todo o porquê deste requisito e dispensa maiores argumentações.

Quanto ao segundo requisito, o da continuidade ou não-eventualidade ou habitualidade da relação empregatícia, lança-se a ideia de permanência do contrato de emprego a fim de caracterizá-lo como empregatício mesmo, ou seja, constituiu-se uma regra para tanto. Aqui destaca-se o princípio da continuidade da relação de emprego, que prima pelo prolongamento temporal do contrato de emprego, já tratado nesta pesquisa inclusive quanto aos fatores favoráveis ao empregado em sua decorrência¹²¹. Ainda reitera-se o atributo de ser o contrato de emprego de trato sucessivo. Estudiosos do Direito do Trabalho ditam que

¹²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 291.

¹²¹ Ibid., p. 293.

não será empregado aquele que trabalha de forma eventual, esporádica, e isto permite encerrar a discussão nesta particularidade do contrato de emprego.

Quanto ao pressuposto da onerosidade, qual seja de que o trabalho tem que ser prestado em razão de existir um pagamento a ser entregue ao empregado, uma remuneração como contraprestação aos esforços despendidos, afirma-se que não será considerado contrato de emprego aquele que prestado sob o aspecto da solidariedade, da ajuda em prol daquele que requisitou o trabalho, de conotação altruística.

Por fim, para conclusão do raciocínio formador da relação de emprego, destaca-se notadamente o pressuposto da subordinação no contrato de emprego. Tratam os estudiosos do Direito do Trabalho da relação de emprego, noutras palavras, como o “trabalho subordinado”. Entende-se plenamente justificável tal premissa eis que, conforme será abordado, refere-se exatamente ao ponto que o distingue de todos os demais contratos de trabalho. A título de exemplificação, para uma boa visualização do que segue explanado: trabalho eventual não é subordinado, trabalho autônomo não é subordinado também, dentre milhares de outros contratos de trabalho que não o são, *mas o é apenas o trabalho empregatício*. Já, contudo, estas outras formas de contratação podem ser, muito bem, onerosas, contínuas, mas não, como aludido, subordinada.

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão)¹²².

A subordinação do empregado frente ao empregador, essência do contrato de trabalho empregatício, diz respeito à maneira (essa é a melhor palavra a ser utilizada) como o trabalho é prestado. O empregador, legitimado ao exercício dos poderes de comando, “mando” e direcionamento das atividades a serem realizadas pelo empregado, é quem determina todo o *modus operandi* do empregado no seio do contrato de trabalho. Ao empregador foi conferida esta prerrogativa de alinhar todo o sistema, enfim, a prestação de serviços e o rumo da atividade operacional de uma forma global. A subordinação serve a justificar, de certa forma, os poderes do empregador que determinam um dado ajuste laboral à condição de contrato de emprego.

Adequado salientar que alguns dos poderes do empregador serão abordados quando do tratamento do desvio e do acúmulo funcional, eis que facilitarão a compreensão de tais temáticas, ora propostas ao estudo.

¹²² Ibid., p. 301.

Alguns concebem a subordinação como um elemento de caráter econômico, justificado por um pensamento de que o empregado passa a se subordinar ao seu empregador em razão de que dele depende economicamente. Já sobre a subordinação sob uma conotação jurídica, reporta-se ao que foi dito no parágrafo anterior, ou seja, que o poder de comando das atividades, entregue ao empregador, o coloca em situação de superioridade frente ao seu empregado. Tem-se ainda a questão da subordinação sob o enfoque da técnica, bastante incipiente e ultrapassada, que traz uma noção de que o empregador seria superiormente mais capacitado, em termos técnicos, que o empregado. Este conceito não pode mais ser relevado; afinal a contratação se dá justamente em virtude de que o empregador não detém os conhecimentos e atributos do empregado, e deles necessita muito. De toda forma, embora suplantada, esta noção de dependência não poderia deixar de ser trazida, uma vez que já assinalada pela doutrina em tempos passados.

Merece estudo, neste tópico também, o instituto da declaração de vontade, elemento essencial à celebração do negócio jurídico, tal qual o contrato de emprego. Contudo, este acréscimo no estudo (a declaração de vontade) não apresenta apenas serventia quanto ao aspecto da liberdade de contratação e da autonomia privada da vontade, uma vez que o cerne desta pesquisa, o desvio e o acúmulo de função, em muito se relaciona com as declarações de vontade emitidas pelos entes contratantes, empregado e empregador, ou seja, afeta em muito o que restou acordado entre as partes para efeitos da exigência do trabalho, seja em termos de quantidade das tarefas (acúmulo funcional), seja em termos da modalidade do trabalho a ser efetuado (desvio funcional).

O contrato tem como primeiro e fundamental fim o encontro e a fusão das manifestações de vontade das partes¹²³. A teoria clássica de Savigny separa a vontade de três maneiras: a própria vontade, a declaração de vontade e a relação de concordância que se deve estabelecer entre ambas¹²⁴.

A vontade nada mais é do que um elemento interno, subjetivo, diz respeito àquilo que é almejado. Já a declaração de vontade, entende Jugend¹²⁵, é o comportamento que permite concluir por uma vontade determinada. Deve, assim, ser estabelecida uma congruência entre a vontade e a declaração de vontade, sob pena de descontentamento por uma das partes quanto ao objeto, ao negócio acordado. A conjugação da vontade (elemento interno) com a sua declaração (exteriorização da vontade em si) pode gerar uma divergência

¹²³ JUGEND, Débora... Op. Cit., p. 36.

¹²⁴ Ibid., p. 36.

¹²⁵ Ibid., p. 36.

entre o que se pretendia exteriorizar com aquilo que é efetivamente levado a cabo no contrato. Desta divergência, surgem os conflitos para as partes. Daí a necessidade de reavaliação do contrato, sob pena de sujeitar as partes às sanções legais¹²⁶. Nesta esteira, ou seja, desde o tempo da contratação, é que já podem ser instalados os conflitos alusivos ao desvio e ao acúmulo de função, uma vez que a origem destas problemáticas podem também estar nas tratativas de contratação, e não somente após esta fase, no curso do contrato de trabalho.

Trazidas estas argumentações, oportuno destacar ainda que ao contrato de trabalho, por tratar-se de negócio jurídico obrigacional, aplicam-se as regras gerais do negócio jurídico (artigos 217 e seguintes do CC), dos contratos (artigos 405 e seguintes do CC), do cumprimento de obrigações (artigos 762 e seguintes do CC) e do não cumprimento das obrigações (artigos 790 e seguintes do CC)¹²⁷. Evidentemente que tais permissivos servem de complemento às disposições celetistas que tratam proficuamente do contrato de trabalho empregatício, dada a condição de especialidade destas últimas.

Assim, a declaração de vontade pode ser considerada como um requisito elementar e formador do contrato de emprego, de essencial compreensão ao entendimento das figuras do desvio e do acúmulo de função.

2.4 Princípios Relacionados ao Direito Contratual do Trabalho

Nesta pesquisa, já restaram abordados alguns dos princípios do Direito do Trabalho, os quais podem ser considerados como os de maior relevância nas relações trabalhistas como um todo, até mesmo nos ajustes que não trazem a subordinação como principal elemento de determinação de modalidade de contrato de trabalho. Naquele momento, o foco era uma ter dar uma visão da principiologia do Direito do Trabalho.

Nesta fase do trabalho, é oportuno trazer alguns institutos principiológicos que guardam correspondência com o contrato de emprego em si, campo de incidência do desvio e do acúmulo de função, objetos desta dissertação. Poderão ser novamente trazidos alguns dos princípios estudados no primeiro capítulo, pertinentes também ao contrato de trabalho, contudo, apenas de forma incidental, nos aspectos que se relacionam com o contrato de trabalho propriamente dito e, em especial, com os princípios que o norteiam.

De forma preliminar ao ingresso dos institutos dos princípios, que guardam nexos ao contrato de trabalho, adequado discorrer sobre os princípios fundamentais do direito

¹²⁶ Ibid., p. 37.

¹²⁷ Ibid., p. 33.

contratual por uma visão ampliada desta conceituação, que aproveita em abrigar os contratos por um panorama geral, inclusive os de ordem civilista.

Pelas lições de Diniz¹²⁸, o primeiro princípio dos contratos é da autonomia da vontade, no qual se funda liberdade contratual, consistindo no poder de estipular livremente como melhor lhe convier, por acordo de vontades, a disciplina dos interesses postos à avença. Este instituto implica em alguns desdobramentos: a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher o contratante e a liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

Como segundo princípio contratual, vem destacado o consensualismo, segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, chamando-se atenção para o ponto em que não se exige, como regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. Embora alguns contratos sejam solenes, o que aqui segue destacado é que o mero consentimento, na larga maioria dos casos, é suficiente para perfeição e validade do contrato¹²⁹.

Adequando a temática ao contrato de trabalho, pode-se dizer que tanto o empregado como o empregador possuem a faculdade de estabelecer um contrato de emprego ou não, bem como com quem irão fazê-lo e, por fim, da forma que melhor lhe convierem, sendo que quaisquer destas prerrogativas, caso não interessantes a aqueles, podem resultar na não celebração do contrato.

No que tange ao consensualismo, o contrato de trabalho empregatício exige a mera aquiescência de vontade entre as partes e, quanto à formalidade, o mesmo pode ser acordado tácita ou expressamente, o que remete aos termos do artigo 442: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego”. Chama-se atenção, todavia, que o registro do contrato de trabalho constitui obrigação decorrente do ajuste, não se apresentando como condição de existência do contrato.

Como terceiro instituto principiológico, há menção da obrigatoriedade da convenção, pela qual as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de resolução do contrato e execução patrimonial contra o inadimplente¹³⁰

Sob a forma de quarto instituto principiológico, desponta a relatividade dos efeitos do negócio jurídico, visto que o contrato outrora entabulado não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervierem¹³¹.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: 2002, v. 3, p. 32-37.

¹²⁹ Ibid., p. 32-37.

¹³⁰ Ibid., p. 37-39.

¹³¹ Ibid., p. 37-39.

Como última menção principiológica, mais uma vez apontado nesta pesquisa, surge o princípio da boa-fé contratual¹³².

Trazendo ao campo do Direito do Trabalho empregatício, quanto ao princípio da obrigatoriedade da convenção, tem-se que o inadimplemento contratual pelo empregador e pelo empregado incorrerá em ruptura do contrato, surgindo o direito à reparação e à indenização contratual.

No que tange à relativização do contrato de emprego às partes envolvidas, também resta aqui aproveitável, uma vez que os efeitos da avença só atingem aqueles que vieram a contratar e que vieram a ser contratados, não outros além destes.

Por fim, a boa-fé objetiva também vem sendo bastante apreciada junto à relação de trabalho que, como já abordado, traz enraizado um viés de confiabilidade entre as partes. Pode-se dizer que o contrato de emprego chega a atrair a boa-fé como condição *sine qua non*. Nascimento¹³³ afirma:

A evolução do conceito de boa-fé relacionou-o não com a intenção dos contratantes, mas com a conduta dos mesmos. [...] com o passar do tempo, o conceito de boa-fé passou por uma contundente evolução, sendo admitido no plano objetivo, conectada com a conduta e não apenas com a vontade dos sujeitos da relação jurídica.

Da forma como demonstra o autor, o conceito da boa-fé se apresenta, não mais apenas sob o ângulo da subjetividade, e sim da objetividade, traçando não tão somente uma exigência de cumprimento fiel das obrigações ajustadas, como também relativas *ao modus operandi* daqueles que contratam.

Portanto, seguiram delineados alguns contornos principiológicos do direito contratual junto ao seio do trabalho subordinado, a partir dos quais debruçarão outros aspectos da mesma natureza, estudados em apartado diante da relação direta com o Direito do Trabalho.

2.4.1 Princípio da proteção e correlatos

Novamente em primeiro, merecidamente por tudo que já foi tratado a seu respeito, reforça-se o princípio da proteção do trabalhador. No tocante a ele, no seio do contrato de emprego, é possível fazer remissão ao que já foi esboçado no capítulo anterior. Acrescenta-se que, na condição de empregado, presente então a condição de subordinação jurídica, o trabalhador faz-se merecedor desta garantia protetiva.

¹³² Ibid., p. 37-39.

¹³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho...** Op. Cit., p. 361.

“Parte importante da doutrina aponta este princípio como o *cardeal do Direito do Trabalho*, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado” (grifo nosso)¹³⁴.

Pode-se compreender tal instituto desencadeia toda uma sistemática de garantias ao trabalho, até mesmo desembocando na criação de outros princípios. O jurista uruguaio Rodriguez¹³⁵ é um dos que consideram que referido princípio manifesta-se também em três dimensões distintas, sendo elas: o princípio do *in dubio pro operario*, o *princípio da norma favorável* e o *princípio da condição mais benéfica*.

Quanto ao princípio da condição mais benéfica, também já tratado, reitera-se que tudo o que foi visto também vale para o campo da relação de trabalho empregatícia, apenas acrescentando que, neste contexto de espécie contratual, é que o aludido princípio mais incide suas determinações. Diferentemente das demais espécies de contrato de trabalho, a relação de emprego traz o atributo de continuidade, de prolongamento pelo tempo, daí a necessidade imperiosa do princípio da condição mais benéfica ser aplicado por toda a vigência desta relação, justificando a imprescindibilidade do mesmo também frente à instabilidade das relações contratuais. Assim, a proteção concedida pela “norma mais benéfica” reproduz, quase sempre, no contrato de trabalho, uma conservação das condições atuais.

Alterações, de uma forma geral, poderão ser feitas apenas em prol dos empregados, ou sem prejuízos diretos ou indiretos aos mesmos. Mais uma vez, cumpre salientar que, observada a tormentosa situação econômica atravessada por este país, nem sempre será possível entregar, num processo de negociação de direitos trabalhistas, o melhor à classe trabalhadora, dado que, melhor do que a elevação de direitos, é a própria manutenção dos postos de trabalho. Neste ponto, pode ser exaltada a figura da negociação, não apenas a coletiva, mas sim toda e qualquer (exige-se apenas estar o empregado assistido pelo sindicato, Ministério Público do Trabalho, uma câmara de conciliação prévia ou qualquer outro que detenha legitimidade para tanto), na qual ambas as partes poderão ceder um pouco, sem, contudo, incorrer em supressão de direitos mínimos.

Trazendo mais um princípio correlato ao máximo da proteção do trabalhador, cita-se o princípio da não discriminação, ligado também à dignidade da pessoa humana.

É de se admitir como princípio do Direito Individual do Trabalho a não discriminação, significando que indivíduos em iguais condições devem ter garantia à igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidade no

¹³⁴ Ibid., p. 198.

¹³⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1993 apud DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 198.

empregado e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar. A discriminação é uma das principais conseqüência do preconceito. Trata-se de uma diferenciação ilegítima, se fundamento ou fundada em juízo preliminar, prematuro, que induz a que se acredite em algo sem saber seus detalhes ou características, e sem indícios seguros e suficientes. Por isso, quase sempre se chega a conclusões errôneas, se não individuais¹³⁶.

Apesar do trecho acima dispensar maiores explicações dada sua clareza de posicionamento e demais conjecturas quanto aos aspectos de discriminação no ambiente de trabalho, não se mostra redundante exaltar que o ambiente de trabalho, considerada sua importância na vida do trabalhador, deve estar integrado a uma política de administração de pessoal que repila as ações tendentes à segregação, trazendo a todos, indistintamente, igualdade de oportunidades e tratamento.

2.4.2 Princípio da primazia da realidade e correlatos

Outro princípio ligado intimamente à relação de emprego é da *primazia da realidade sobre as formas*, também já exposto neste trabalho. Trazendo sua abordagem para o foco da relação empregatícia, pode ser clamada atenção a alguns aspectos pontuais. Como é de fácil conhecimento, bastante perceptível até, a forma mais comum de contratação de trabalho é o emprego.

Não apenas isto, esta modalidade de contratação também se afigura com a mais cômoda para aquele que necessita de préstimos por uma pessoa física por diversas razões. A primeira refere-se ao fato de que a subordinação, uma das determinantes do contrato de emprego, é um fator que facilita ao empregador o cumprimento de suas ordens, ou seja, deter o comando das tarefas simplifica a obtenção dos resultados que espera. Outra razão é no sentido da continuidade da relação de emprego, o que significa que a prestação de serviços por um tempo razoavelmente longo também propicia a obtenção de um desempenho satisfatório de qualquer empreendimento ou tarefas de um modo geral. Outro motivo é o fenômeno da pessoalidade, que significa que aquela mesma pessoa será o seu prestador de serviços, não havendo o que se falar em substituição, sob pena de descaracterização da relação de emprego. Em relação a esta última razão, também é nítido que o trabalho prestado singularmente, por exata pessoa que veio e vem adquirindo conhecimentos técnicos e específicos para o exercício de uma determinada atividade, propicia um maior sucesso.

¹³⁶ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 382.

Por outro lado, também é de conhecimento que a relação de emprego, justamente pelos benefícios que propicia a ambas as partes, em especial para o empregador, lamentavelmente é a mais dispendiosa dentre todas as contratações de trabalho. Por tal motivo, há tentativas em burlar, mascarar esta relação para, com isso, conseguir a obtenção de vantagens ilícitas por intermédio do inadimplemento dos direitos dos empregados, até aqueles mais básicos. Como exemplo crucial, invoca-se a recorrente ausência de registro do contrato em CTPS. Não trata-se apenas de atendimento às formalidades legal e administrativa, mas também em oportunizar uma proteção da seguridade social e futura aposentadoria ao trabalhador.

Em suma:

[...] o vínculo entre o empregador e o trabalhador deve ser ajustado à realidade. Ou seja, que se deve considerar que na imensa maioria dos casos só se produz uma incorporação ou um registro na organização do empregador, sem que intermediasse um verdadeiro acordo de vontades. Portanto, o que importa na verdade não é a ideia de contrato, mas sim a existência ou não de uma relação de trabalho dotada de certas características¹³⁷.

Há diversas justificativas/fundamentos para o princípio da primazia da realidade. De primeiro, segue citada a boa-fé, princípio geral de direito, que se traduz em lealdade, sinceridade e honestidade, o que denota a obrigatoriedade das obrigações oriundas ao contrato de trabalho corresponderem exatamente à realidade do mesmo¹³⁸.

A segunda justificativa traz ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que frisada por Rodriguez¹³⁹ nos seguintes termos:

Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que este fato – que em algum grau participa da dignidade procedente da natureza humana – deve prevalecer sobre um elemento puramente intelectual e especulativo, como pode ser o texto de um contrato.

O terceiro pilar deste instituto principiológico se funda na desigualdade entre empregado e empregador, consistente na diferença de situação econômica e cultural entre estes. A intervenção do Estado se justificaria pelo fato, por exemplo, do trabalhador aceitar um contrato de trabalho que não reflete a realidade da vinculação que o une com seu

¹³⁷ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **A evolução do pensamento do Direito do Trabalho**. Tradução Sidnei Machado. São Paulo: LTr, 2013, p. 75.

¹³⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da... Op. Cit., p. 211-212.

¹³⁹ RODRIGUES, Plá Américo... Op. Cit., p. 263-264 apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da... Op. Cit., p. 211-212.

empregador. Neste ínterim, a atuação do ente sindical, por exemplo, vem a ser preponderante¹⁴⁰.

Assim, o campo de maior incidência do princípio da primazia da realidade consiste na prerrogativa que as partes detém em fazer valer, para quaisquer efeitos, a verdade real do contrato de emprego. Esta é a ideia, que prevaleça o que, de fato, ocorreu no âmbito do contrato de emprego, entregando valoração relativa aos documentos, que pode infirmada, elidida por quaisquer outros elementos de provas que venham a ilustrar verdadeiramente os fatos vivenciados pelas partes, que ensejam ou não direitos. É a busca pelo sentimento de justiça; neste aspecto, não importando se o empregado não será contemplado por direitos caso não os tenha feito por merecer.

2.4.3 Princípio da irrenunciabilidade de direitos e reflexos

Ainda quanto aos princípios já tratados pelo primeiro capítulo, reitera-se o princípio da irrenunciabilidade de direitos, que guarda fortes raízes com o contrato de emprego, trazendo imperativo ideológico consistente no resguardo de direitos dos trabalhadores frente a todas as intempéries surgidas na vigência do contrato de emprego. Neste momento, considera-se sobre algumas dimensões (institutos) que decorrem do preceito da irrenunciabilidade, conectados ao contrato de emprego, sobre as quais passa-se a discorrer.

Sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, torna-se oportuno discorrer sobre a extensão de *disponibilidade* eis que, como já citado por diversos pontos desta pesquisa, a indisponibilidade pode ser absoluta ou relativa, comportando, desta forma, suas atenuantes. Neste momento da pesquisa foi onde se considerou trazer estas abordagens de cunho prático, enquanto que, em seu início, o tema foi cuidado sob um viés de generalidade apenas.

Irrenunciabilidade absoluta será quando o direito tratado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade. Os exemplos clássicos: registro na CTPS, salário mínimo, normas de proteção de segurança do trabalho. Irrenunciabilidade relativa estará presente quando o direito focado traduzir interesse individual ou bilateral simples, não caracterizando o padrão civilizatório mínimo, sendo um bom exemplo o contraponto entre estipulação de salário fixo ou salário variável¹⁴¹. Logo, não é todo tipo de supressão de direitos trabalhistas que o ramo juslaborativo inibe¹⁴².

¹⁴⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da... Op. Cit., p. 211-212.

¹⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**... Op. Cit., p. 217-218.

¹⁴² Ibid., p. 216.

Prescrição e decadência geram, pois, supressão de direitos laborais sem afronta ao princípio básico da indisponibilidade que tanto personaliza o Direito do Trabalho, uma vez que tais preceitos jurídicos dizem respeito à inatividade do exercício de um direito pelo decurso do tempo. Neste sentido, prescrição é um favor de extinção de pretensão, porquanto impede a prestação jurisdicional, seja ela positiva ou negativa, tratando-se de matéria de ordem pública que enseja resolução de lide com análise de mérito; ao passo que decadência é a extinção do direito potestativo pela falta de seu exercício; por corolário extingue também, com mérito, eventual pretensão judicial¹⁴³.

Já renúncia é o ato unilateral, através do qual se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia. Aqui é terminantemente proibido renunciar direitos tidos como fundamentais, indisponíveis, assim considerados pela ordem jurídica.

Transação significa ato bilateral pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordando, por concessões mútuas, pela resolução de questões fáticas ou jurídicas controvertidas para dar cabo aos conflitos, merecendo também aqui um destaque à nocividade e proibição de transacionar parcelas que representem direitos tidos como fundamentais e indisponíveis pela ordem jurídica¹⁴⁴.

Os requisitos da renúncia são os dispostos pela lei: capacidade do agente aliada à higidez da vontade, objeto válido (que são as parcelas ressalvadas expressamente pela ordem jurídica) e forma não prescrita em lei. O Direito do Trabalho tende a repelir qualquer possibilidade de renúncia a direitos laborais por parte do empregado. Quer isso dizer que apenas em raríssimas situações, inquestionavelmente autorizadas pela ordem jurídica estatal, é que a renúncia será passível de validade. Evidentemente, verificadas tais condições, observa-se os requisitos clássicos, acima mencionados¹⁴⁵.

Sobre os requisitos da transação, somente será passível de transação lícita parcela juridicamente não imantada de indisponibilidade absoluta. Configurado o requisito do objeto da transação, serão exigidos os demais requisitos formais do ato, notadamente capacidade das partes pactuantes. Sobre este requisito, convém ressaltar a figura dos relativamente incapazes, que devem ser assistidos por seus representantes legais. No Direito do Trabalho, a capacidade plena também é atingida aos 18 anos. O caráter teleológico do ramo laboral não invalidaria, necessariamente, transações irregularmente efetivadas por adolescentes se comprovado não

¹⁴³ HUSEK, Carlos Roberto... Op. Cit. p. 23-24.

¹⁴⁴ Ibid., p. 24.

¹⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 219.

ter sido lesiva ao trabalhador. Não mais, a ordem justralhista atenua o papel da vontade obreira como elemento determinante das cláusulas e alterações contratuais, antepondo a ela os princípios da imperatividade das normais laborais e da indisponibilidade de direitos. A lei ainda acrescenta a inexistência de prejuízo em função do ato transacional. Assim, cumpre reforçar a pesquisa no que tange à higidez da vontade¹⁴⁶.

Já no instituto da composição, por ato plurilateral, são ajustados direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante o reconhecimento da respectiva titularidade de tais direitos e obrigações; aqui restam assumidas obrigações e direitos, nada mais¹⁴⁷.

Trazendo novamente a transação, eis que corriqueiramente confundida com a composição, reportando ao que já foi dito, naquela existem concessões recíprocas sobre situações fático-jurídicas controvertidas levadas à apreciação, que gerariam riscos de sucesso ou insucesso do pleito a ambas as partes. Em razão disso, bem como para proporcionar às partes o fim do litígio, estas antepõem a transação. Assim, num quadro comparativo entre transação e composição, tem-se que, nesta última, não existem concessões, mas tão somente acertamento de direitos, enquanto que na transação há apenas a afinação destes.

2.4.4 Outros princípios trabalhistas contratuais

Agora em diante, concentra-se em alguns princípios que ainda não foram abordados nesta pesquisa, os quais mais relacionam-se ao contrato de emprego propriamente dito.

No que diz respeito à forma do contrato, em respeito ao *princípio da inalterabilidade das formas*, tem-se que deve ser expressamente fixada pela ordem jurídica. Atos contratuais trabalhistas podem ser tácitos, assim como o são na maioria das vezes. Há exemplos como o do banco de horas, que exige a manifestação coletiva (a jurisprudência tem exigido para o banco anual), ou mesmo apenas na forma escrita, jamais tácita¹⁴⁸.

Por sua vez, sobre o *princípio da continuidade da relação de emprego*, o próprio nome já indica sua ligação ao contrato de emprego tão somente. Informa tal instituto a “preferência” (entende-se essa como a palavra mais apropriada) do Direito do Trabalho Empregatício em que o contrato se prolongue pelo maior tempo possível, ou ao menos por uma duração razoável, tendenciosa à estabilização do pacto laboral, perfazendo uma segurança jurídica ao trabalhador, que depende do seu trabalho para viver. Destaca-se neste contexto principiológico uma presunção de que os contratos, salvo exceções previstas pela

¹⁴⁶ Ibid., p. 220.

¹⁴⁷ Ibid., p. 216-217.

¹⁴⁸ Ibid., p. 221.

própria legislação celetista, são ajustados de forma indefinida quanto ao seu término; prevalece, assim, a regra de que, salvo ajuste expresso em contrário, afiançado por previsão legal, o contrato foi firmado sem data certa para término.

Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade (grifo nosso)¹⁴⁹.

Como colocado acima, a permanência do vínculo empregatício satisfaz o Direito do Trabalho, permitindo a integração do empregado não apenas no seu posto de trabalho, como também lhe proporciona a função social do contrato de trabalho.

A respeito deste tema, Delgado¹⁵⁰ traz também que a permanência da relação de emprego provoca três correntes de repercussões favoráveis ao empregado, sendo elas:

a) Uma primeira, que se concentra na tendencial elevação dos direitos trabalhistas em razão do avanço da lei ou da negociação coletiva, além de impulsionar o próprio conteúdo das cláusulas contratuais de trabalho, que passa a ser mais vantajoso, o que reflete em seu crescimento profissional (promoções) agregado ao seu bom desempenho que somente assim foi permitido pelo razoável *tempo* de serviço.

b) Uma segunda corrente, bastante interessante, diz respeito ao investimento educacional e profissional que passa o empregador a empreender para que os seus funcionários que tenham um bom tempo de “casa”, ou seja, ele fica tendente a acreditar e investir nestes. É o aspecto da estimulação em tentar elevar a técnica profissional do empregado e, paralelamente, contribuir para um melhor desempenho do negócio por intermédio de um profissional mais qualificado. Neste ponto apenas vale lembrar a redação do artigo 458, § 2º, II da CLT, que permite ao empregador despender investimento na área de educação de seus empregados sem, com isso, elevar o patamar remuneratório destes.

c) Uma terceira corrente de repercussão diz respeito à inserção social do indivíduo, sua afirmação no seio da sociedade por ver-se num longo contrato de trabalho.

Assim, são estas algumas das considerações sobre o prestígio da “perpetuação” dos contratos de trabalho, com apreciáveis repercussões ao empregado em razão de sua ocorrência.

¹⁴⁹ Ibid., p. 209.

¹⁵⁰ Ibid., p. 209-210.

Ainda sob o viés da contratualidade, oportuno citar o princípio da tutela salarial. Inexiste qualquer dúvida acerca da natureza alimentar do salário, sendo que a própria Constituição Federal afiança esta condição ao mesmo (artigo 100, § 1-A). O trabalho é elemento de reconhecimento social, o que implica em amplas e variadas dimensões, como a ética, a cultural, a social, etc. Contudo, o salário é uma das mais relevantes expressões econômicas do trabalho. Assim, ao proteger juridicamente o salário, pretende-se, ainda que indiretamente, harmonizar a questão do trabalho subordinado com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Desta forma, este princípio traz mandamentos diversos, direcionados não apenas ao empregador a fim de proibir estratégias ou atos que diminuam a quantidade do salário, mas mantém ao Estado, de modo a vedar qualquer decisão administrativa ou ato legislativo que diminua a capacidade de aquisição de bens ou serviços pelo empregado¹⁵¹.

2.5 Poderes do Empregador

Como um dos alicerces desta pesquisa, pode-se citar o rol de poderes do empregador, o qual, de forma substancial, impulsiona o contrato de trabalho, tornando-o fonte de direitos e obrigações às figuras do empregador e empregado. Além disto, as articulações que envolvem as situações de desvio e acúmulo de função, mais ainda aquelas potencialmente hábeis a ferir os direitos do trabalhador pela ordem moral, decorrem do exercício destas prerrogativas de comando conferidas ao poder patronal, o que leva a compreender que, assim como qualquer direito posto à fruição, deve ser exercido nos limites da lei, sem abusos, tão somente na forma e limitação que alce equilíbrio ao contrato de trabalho.

De acordo com Zangrando¹⁵², na Constituição Federal, manifesta-se a regra de reconhecimento dos interesses de gestão da empresa mediante princípios e garantias fundamentais, sendo estes: reconhecimento do *valor social da livre iniciativa* (artigo 1º, IV, CF); garantia do direito de propriedade (artigo 5º, *caput* e inciso XXII, CF); fundamento da ordem econômica também na propriedade privada e na livre-iniciativa (artigo 170, CF).

Assim, vê-se que a iniciativa do empreendedorismo é valorizada pelo texto constitucional, o qual prevê diversas capitulações que justificam a valorização que o Estado confere àqueles que exerçam alguma atividade econômica empresarial expectadora de mão-de-obra, permitindo também que se arrecade a tributação.

¹⁵¹ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 301-303.

¹⁵² Ibid., p. 497.

Ingressando aos poderes do empregador, citam-se os que mais despontam no seio da atividade empresarial e, por esta razão, entregam ao contrato de trabalho empregatício o viés da subordinação do empregado ao empregador, instituto já tratado por este trabalho.

Primeiramente, com vistas à boa-fé objetiva, não ainda como uma prerrogativa do empregador, mas sim como um instituto de realização da função social do contrato de trabalho, menciona-se o dever de colaboração indicado pelo Código Civil. De acordo com Zangrando¹⁵³, significa dizer que colaboração na execução do contrato é um dever moral e jurídico, acessório ao próprio negócio, defluindo da presunção objetiva de que foi efetuado de boa-fé por ambos os contratantes.

De acordo com a ponderação trazida acima, imperioso consignar que o sentimento de cooperação para fins de concretização de qualquer objeto de trabalho deve se sobrepor aos demais conceitos que envolvam a relação empregatícia. Isto significa dizer que as partes envolvidas devem apresentar boa-fé na persecução dos trabalhos e cumprimento das obrigações concernentes ao contrato. Por um lado, o empregado deve manter-se íntegro e cumpridor das obrigações as quais lhe são impostas, mandamentos estes pontuados de forma razoável e adequada; por outro lado, o empregador deve proporcionar os subsídios necessários à satisfação das tarefas entregues, distribuir as obrigações de maneira congruente e equânime às tratativas e, por fim, adimplir com os pagamentos decorrentes do ajuste.

O poder do empregador é único, qual seja o poder hierárquico, embora possa ser manifestado sob três formas. A primeira forma segue demonstrada pelo poder diretivo, afiançado pelo artigo 2º da CLT, que reconhece expressamente um “poder de direção” ao empregador, o qual denota o papel de distribuição geral e estrutural dos trabalhos em todos os seus desdobramentos. Já a segunda forma, aclamada como poder regulamentar, significa a implementação de regras e regulamentos em geral da forma de prestação do trabalho, o que é tratado pelos artigos 144 e 391, parágrafo único da CLT. Por último, tem-se o exercício do poder disciplinar, sendo aquele que confere ao empregador o direito de advertir e punir seus comandados, porém sempre primando pela melhoria do trabalho e pela continuidade do contrato de trabalho. Segue levantada a figura do *jus variandi*, a qual permite à figura patronal alterar, de forma unilateral, algumas nuances do contrato de trabalho, contudo, também este direito deve ser exercido nos patamares da razoabilidade e da proporcionalidade, sem ferir os direitos do trabalhador¹⁵⁴.

¹⁵³ Ibid., p. 497.

¹⁵⁴ Ibid., p. 497.

Esta pesquisa, que trata do desvio e do acúmulo de função, precisamente sob o foco dos prejuízos que tais práticas podem trazer à esfera moral do trabalhador, traz, ao seu fundo, situações que, de fato, porém não de direito, estão profundamente ligadas ao instituto do *jus variandi*. Isto significa dizer que o poder hierárquico do empregador, mesmo legítimo, acaba por tornar-se ilegal frente às distorções em seu exercício, e disto resultam consequências àqueles que sofrem o abuso, bem como àqueles que o praticam.

O poder empregatício, portanto, nas suas quatro dimensões (diretivo ou organizativo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar) encontra limites na dignidade básica da pessoa humana do trabalhador e nos direitos da personalidade do empregado. Fundar o Direito sobre a dignidade da pessoa humana, por intermédio da aplicação plena dos Direitos Humanos, representa valer o ideário de justiça social tão preconizado pela Constituição Federal de 1988. Caso contrário torna-se válido e juridicamente protegido o direito obreiro de resistência no âmbito empregatício, que atribui ao empregado a utilização dos mecanismos processuais que visam a eliminar ou atenuar o uso excessivo do poder diretivo no direito do trabalho¹⁵⁵.

Desta forma, a atuação do Direito do Trabalho vem aqui enfatizada, no sentido de proteção ao trabalhador em caso de desequilíbrio contratual, combatendo, pelos caminhos jurídicos e legais, as deturpações encontradas no seio dos contratos de trabalho, perquirindo também que o exercício do poder empregatício, figura de importante relevância do contrato de trabalho, amolde-se às limitações impostas.

2.6 Caracterização do Desvio de Função no Contrato de Trabalho

Trata-se, enfim, do desvio de função no contrato de trabalho, antecipadamente e distintamente do acúmulo de função sob o mesmo âmbito. A abordagem neste tópico compreenderá aspectos gerais do exercício de funções e a incidência de distorções neste aspecto, sendo que a problemática em si, qual seja o dano moral decorrente do desvio de função, as decisões do Judiciário Trabalhista nesta seara, propostas acadêmicas de resolução dos impasses, uma abordagem sobre projeto de lei dispendo sobre este assunto, entre outros pontos relevantes será tratada tão somente quando do terceiro capítulo.

Todavia, também preliminarmente ao estudo do desvio e sua incidência na dignidade do trabalhador, é necessário trazer alguns apontamentos sobre o *jus variandi*, que vem a significar as alterações realizadas no contrato de trabalho pelo empregador, envolvendo o poder, o direito dele de assim conduzir as tarefas dos seus empregados, com os métodos que entende como apropriados para o desempenhar dos trabalhos. De imediato, utilizando desta

¹⁵⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 71.

prerrogativa, pretenderá o empregador o cumprimento das tarefas no tempo e na forma que houver estabelecido, podendo se destacar diversos focos de aplicação do *jus variandi*, tais como horário do trabalho, local do trabalho, alocação do empregado em determinado setor da empresa, formas de remuneração para estimular a consecução de metas, *alteração de funções*, enfim, uma gama de especificações passíveis de mudanças que somente o contrato de emprego apresenta para, como fim mediato então, a conquista do bom resultado do negócio.

Cumprir trazer novamente à colação o artigo que trata do instituto acima, apenas para rememorar também quanto ao óbice imposto pela lei às oscilações contratuais desfavoráveis ao empregado, sejam elas diretas ou indiretas, assunto que já recebeu seu tratamento nesta pesquisa.

Art. 468, CLT. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

O que ainda se acrescenta quanto às tentativas de alteração lesiva reside no fato de que, aceitando o empregado tal condição por conta do receio em perder seu emprego, o que é mais costumeiro, ou mesmo considerando outra hipótese, tal como ter incorrido em erro quando do momento da aceitação da alteração danosa, haverá margem jurídica para se decretar a nulidade da inovação contratual. Estes vícios não precisam ser provados, pois presumidos pela lei, partindo-se então da premissa de que ninguém aceita ser prejudicado de forma consentida e livre de vícios¹⁵⁶.

Assim, como já exposto, o *jus variandi* atrai para o contrato de trabalho uma mostra de remodelagem de cláusulas, e a que nos interessa é a relativa à função a ser exercida pelo trabalhador. Pode-se, já então, trazer à colação os dispositivos legais que abordam a temática pretendida por esta dissertação, mesmo porque será precipuamente de tais dispositivos que decorrerão, *a priori*, os entendimentos doutrinário e judicial no tocante às problemáticas vivenciadas por empregados e empregadores sobre a perspectiva de delimitação e alteração das atribuições funcionais dos empregados, *especialmente no que diz respeito ao dano moral decorrente*.

Art. 444, CLT. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 447, CLT. Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os

¹⁵⁶ RUSSOMANO, Mozart Vitor... Op. Cit., p. 229-230.

interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

Art. 456, CLT. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Os preceitos celetistas acima colacionados trazem um bom norte para esta pesquisa. O artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao indicar que as relações de trabalho poderão ser objeto de livre estipulação das partes, contudo, sem violação às disposições correlatas à proteção do trabalho, implica em certos apontamentos que merecem discussões pertinentes ao campo desta pesquisa.

Reitera-se, de forma usual, a importância da proteção do trabalhador no contexto da relação de emprego. Considerou este artigo de lei que, mesmo o contrato de emprego afigurando-se como um ajuste de vontades, a proteção ao trabalhador deve persistir, e isto significa dizer que não serão admitidas infrações aos direitos trabalhistas, mesmo que “acordadas”. Invoca-se, oportunamente, o princípio da proteção do trabalhador, bem como o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, eis que sua presença é aqui bastante perceptível e, por este momento também, reitera-se novamente a importância da recorrente alusão aos institutos principiológicos, ferramentas distribuidoras do “mapa” que leva à compreensão de todos os universos jurídicos.

Quanto à função, tem-se que, normalmente, o empregado é admitido para uma dada função ou cargo. Assim, no início do contrato de trabalho, o empregado já vem “designado” para “algo” (essas são algumas das palavras que podem ser utilizadas, mesmo dada sua simplicidade coloquial), para um mister em especial, mesmo ao se considerar uma certa generalidade das funções lá introduzidas, constituindo este um ponto de relevante abordagem, o que já leva a uma boa compreensão daquilo que será falado.

Quando esta função não vier especificada na celebração do contrato, aplicam-se as disposições do artigo 477 combinado com o artigo 456, parágrafo único, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, preceitos legais já trazidos acima que seguirão trabalhados.

O artigo 477, como pode ser observado, traz que, na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente como se tivessem as partes anuído com tal condição¹⁵⁷. Desta forma, existindo cláusula pendente de esclarecimento ou

¹⁵⁷ Ibid., p. 231.

mesmo sem um entendimento explícito a uma das essencialidades do contrato de trabalho, ela será presumida como acordada conforme os preceitos jurídicos adequados a sua legitimidade. As expressões deste dispositivo em especial são, por demais, vagas e imprecisas. Acreditou o legislador na boa crítica e persuasão dos julgadores.

Além da generalidade do artigo 447 da Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador também imaginou duas outras hipóteses de grande repercussão prática no bojo do contrato de trabalho, dentre elas a de não haver determinação exata da função do empregado, através do comando legal contido no artigo 456, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual passa-se a tratar¹⁵⁸.

Mallet¹⁵⁹, sobre o artigo 456, parágrafo único da CLT, entende:

O parágrafo único do artigo 456 da CLT, por exemplo, ao dispor que, “a falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”, não estabelece critério de interpretação. O que faz é editar norma integrativa para que se complete o negócio omissivo relativamente a aspecto essencial, a saber, o seu objeto. Integrar o contrato é algo distinto de interpretá-lo, ainda que não poucas vezes a integração dependa da interpretação, para saber se o contrato é omissivo ou não.

Nota-se, desta forma, o destaque dado à ausência de critérios objetivos para elucidação das reais funções dos empregados de uma forma geral. Também discorre Mallet¹⁶⁰ que a lei trabalhista, de uma forma geral, não se ocupou, ao menos de forma direta e expressa, da problemática que envolve a interpretação do contrato de trabalho e das cláusulas que o integram, não havendo normas legais voltadas especificadamente a disciplinar os parâmetros aplicáveis à hermenêutica do negócio jurídico correspondente ao contrato de trabalho, sendo o parágrafo único do artigo 456 um hercúleo exemplo.

Assim, como será abordado nesta pesquisa, restarão às demais fontes de Direito a interpretação desta regra, que parece despida de um conteúdo favorável a sua aplicabilidade e a sua efetividade e que, por tal motivo, tende a desfavorecer a classe trabalhadora.

Doutrinariamente, o desvio de função pode assim ser conceituado: “Desvio de função é a situação do empregado que, contratado em determinado cargo, numa determinada faixa salarial, continuamente exerce atividades de outro cargo, de faixa salarial superior. Por isso faz jus à diferença salarial pela reclassificação”¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ibid., p. 209.

¹⁵⁹ MALLETT, Estevão. Notas sobre a interpretação do contrato de trabalho. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013, p. 47.

¹⁶⁰ Ibid., p. 47.

¹⁶¹ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 325.

Observe-se, por oportuno, que, a exemplo do que trouxe o trecho acima, esta situação decorre, na maior parte das vezes, em vista do exercício de um cargo superior ao contratado sem a correspondência, a equanimidade salarial. Contudo, em que pese tal situação, tem-se que, para efeitos desta pesquisa, deve ser levada em consideração não tão somente esta situação, como também a do exercício de cargo inferior ou simplesmente diverso, o que incidirá na situação de abalo moral do trabalhador, restando feridas suas honras subjetiva e objetiva, fazendo *jus*, portanto, à tutela de reparação pecuniária decorrente da responsabilização do empregador ofensor em desestímulo a tais práticas.

No parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, onde se encontra o núcleo legal desta pesquisa, há previsão, quase que expressa, autorizando a variabilidade de exigências do empregador frente às distribuições dos encargos funcionais aos empregados. Caso, porventura, exista cláusula expressa sobre o cargo ou função, aí o âmbito de exigência do que deve ser feito pelo empregado ficará mais restrito.

A respeito, tem-se o seguinte entendimento:

Na realidade, a maioria dos empregados não possui uma função rigorosamente definida. O mais comum é o exercício de várias atividades conexas e, ainda, o auxílio de colegas em épocas de maior aperto, ausências ou atrasos. É feliz, portanto, a definição do artigo 456, parágrafo único da CLT, quando lembra que o empregado se obriga a todas as funções compatíveis com seu físico, seu intelecto e suas atividades originais¹⁶².

Como alinhavado pela doutrina ora citada, raramente haverá um contrato de trabalho no qual as tarefas tenham sido antecipadamente definidas ou esmiuçadas.

Quando da contratação, o empregador já idealiza um feixe de atribuições a serem destinadas ao trabalhador, enquanto que este também já mentaliza o que virá a realizar, isto é, de fato concretizar em seu novo contrato de trabalho. Ressalta-se, todavia, que, até por uma questão lógica, isto mais se nota quando da fase inicial do contrato de trabalho. A problemática do desvirtuamento mais será verificada quando transcorrido um razoável período de contrato de trabalho, apoiando-se tal premissa no fato do empregador já haver adquirido conhecimento das condições pessoais e técnicas do trabalhador, o que não ocorria quando da fase de contratação e período próximo e, assim, passar a exigir algo além ou aquém do que se pode considerar potencialmente passível de inserção na sistemática funcional do obreiro, em respaldo aos próprios termos da lei (artigo 456, parágrafo único, CLT).

Neste particular, esboça-se a transcrição de trecho doutrinário relativo à temática:

¹⁶² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**: Contrato de Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. v. 6, p. 22.

Haverá certo embaraço em se estabelecer o ponto além do qual o trabalho se torna incompatível com a pessoa do empregado. A única solução será superarmos qualquer intenção de medir, milimetricamente, a correspondência exigida entre a condição do trabalhador e o serviço que lhe é exigido. Adotando critério mais ou menos elástico, critério de aproximação, tornar-se-á mais cômodo o trabalho comparativo entre os dotes ou a posição do empregado e a natureza da tarefa¹⁶³.

Trabalhando o que trouxe o trecho acima, pode-se compreender a “função” do empregador sob algumas nuances. Não quis a legislação brasileira adentrar em minúcias a delimitar a função do operário, quis apenas trazer um panorama no sentido de que tudo o que puder ser considerado como compatível a sua condição *pessoal, salvo cláusula que determine, assegure, um âmbito específico*.

Por mobilidade funcional, se há de entender a mudança das funções habitualmente exercidas pelo trabalhador, *de acordo com sua categoria e capacidade profissional*, observado o pacto laboral firmado no que concerne às suas *atribuições*. A fixação de atribuições do empregado na empresa e sua alteração estão dentro da órbita do princípio da autonomia das vontades, estando livres as partes acordantes para fixarem as missões a serem desempenhadas pelo empregado durante a relação laboral e efetuarem, no curso dela, as *alterações* que entenderem cabíveis. (grifo nosso)¹⁶⁴.

Da forma como trabalhou o autor do trecho acima colacionado, nota-se o cenário ideal quanto ao exercício das funções de um empregado. De uma forma sucinta, que é também esclarecedora, a expressão “mobilidade funcional” soa melhor que “desvio de função”, o que seguiu bem destacado pelo trecho acima.

Pois bem, a pergunta que se faz é no seguinte sentido: o que viria a significar o termo “compatível com a condição pessoal”? Pode-se compreender da forma como já preconizada acima no sentido de que o legislador entregou ao alvedrio do julgador a resolução do impasse e, sob um viés de precedência à análise, tendo um caso concreto em mãos, é permitido realizar uma profícua exploração de tal situação, sobretudo de uma forma mais acessível do que aquela posta ao legislador, qual seja a de traçar critérios do que poderia e do que não poderia vir a ser considerado um caso de desvio de função. Imagine-se, ainda, pela quantidade de espécie de trabalhadores, a infinidade de legislação a ser criada.

Assim, resta compreender que ao empregado, ao momento da contratação, rotineiramente não é repassada uma listagem de tarefas a serem cumpridos, mas existe apenas um contexto factível e provável daquilo que lhe poderá ser exigido, de acordo com as expectativas do empregador. E que, caso este aspecto do contrato de trabalho, a função, venha

¹⁶³ RUSSOMANO, Mozart Vitor... Op. Cit., p. 232.

¹⁶⁴ SILVA FILHO, Cícero Virgulino. **Contrato de Trabalho**: alterações das condições pactuadas – teoria, jurisprudência e legislação. São Paulo: Bestbook, 2000, p. 75.

a constituir um motivo de discórdia entre as partes, divergência de opiniões e vontades, restará ao pacificador do conflito, sobretudo de forma imparcial, *apurar* o que pode e o que não pode ter sido exigido de um determinado empregado e, com isso, opinar de forma decisiva acerca da existência ou inexistência de desvio funcional.

Para se ter, contudo, uma situação prática da necessidade da boa e clara execução daquilo que foi pactuado em termos de práticas funcionais, colaciona-se uma notícia acerca de acórdão que não chegou a tratar diretamente do desvio de função, mas sim esposou um entendimento bastante válido à matéria, consistente na boa-fé objetiva contratual. O julgado a seguir reflete a temática em discussão:

EMENTA: DANOS MORAIS. PERÍODO DE PRÉ-CONTRATAÇÃO. Comprovado que a reclamada, após anunciar a existência de vaga de farmacêutico e submeter a reclamante a exame admissional, entrevista de seleção e treinamento, pretendeu contratá-la para cargo diverso, frustrando a sua contratação, é devida a indenização por danos morais, pela violação do princípio da boa-fé, que deve reger as relações contratuais (art. 422 do Código Civil).

VOTO: A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento da indenização por danos morais, no importe de R\$5.000,00. Sustenta que necessitava de atendentes com curso superior de farmácia, sendo que o anúncio de contratação induziu algumas pessoas a erro, muito embora constasse claramente que a vaga seria para atendente. Alega que a contratação era para prestar atendimento, via telefone, no programa Farmácia de Minas, tirando e esclarecendo dúvidas da população em geral, sendo que a controvérsia se deu em razão da nomenclatura da função que seria lançada na CTPS. Pretende que a parcela seja excluída da condenação ou que seja reduzido o valor da indenização fixado na sentença. [...] No âmbito das relações de trabalho, o empregador pode, antes da formalização do contrato, submeter o candidato a processo seletivo e, como consequência, a contratação poderá não se efetivar. No entanto, tal faculdade não poderá ser exercida de modo arbitrário, induzindo o candidato a formalizar um contrato em condições diversas daquelas que foram propostas, como restou comprovado nos autos. A reclamada publicou anúncio no jornal em 11.03.2012, à fl. 20, para contratação de farmacêuticos, para “atuar em central de atendimento, oferecendo suporte aos atendentes referente a informações fornecidas aos clientes”. No mesmo anúncio ofertou vagas para operador de telemarketing, técnico de telecomunicações, auxiliar de serviços gerais e estagiário de farmácia. A reclamante realizou exame admissional, participou de processo de seleção e treinamento para ao final ser admitida como “atendente sênior”, cargo que foi registrado na CTPS, à fl. 17, ao invés de “farmacêutico”. Os documentos de fls. 21/90 demonstram que de fato a reclamante participou de treinamento para o exercício da função de farmacêutica, em programa do governo do Estado de Minas Gerais. Desse modo, restou claro que a reclamada alterou os termos da proposta inicial, de forma unilateral, violando os princípios da boa-fé que deve reger os contratos, por força do art. 422 do CCB. Caracterizada a conduta antijurídica da empresa pela frustração causada à autora em relação à sua contratação e sendo presumível o dano dela advindo, o dever de reparar resulta da disposição do art. 927 do CCB. Contudo, a indenização não pode ensejar

enriquecimento sem causa do ofendido, devendo ser compatível com o dano causado e com o intuito pedagógico que se busca. Tendo em vista o grau de culpa da reclamada, as condições socioeconômicas da vítima e da empresa, considero elevado o valor da indenização arbitrado em R\$5.000,00, que deve ser reduzido para R\$3.000,00. Dou provimento parcial ao recurso, para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$3.000,00. [...] Pelo exposto, conheço de ambos os recursos e, no mérito, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao da reclamada, para reduzir a indenização por danos morais para R\$3.000,00 e NEGO PROVIMENTO ao recurso da reclamante. Reduzo o valor da condenação para R\$3.000,00, com custas pela reclamada de R\$60,00.¹⁶⁵

Diversas ideias podem ser retiradas do julgado acima. A primeira delas consiste em que o desvio de função não foi aceito pela trabalhadora sequer no início do contrato de trabalho, o que denota a importância de vir a ser executado um trabalho dentro do feixe de atribuições compatíveis com a condição pessoal do trabalhador (artigo 456, parágrafo único, CLT). A segunda pode ser delineada pelo princípio da boa-fé objetiva que, no caso, serviu a enveredar a solução, pontuando que o cargo oferecido deveria corresponder ao porventura contratado. Ainda se tem a repercussão de abalo moral ao trabalhador, cerne desta pesquisa. Enfim, o julgamento do caso em tela alinhavou diversos aspectos desta pesquisa, quais sejam os principiológicos da relação de trabalho, os objetivos da relação de trabalho (a função) e seu reflexo na estrutura emocional do trabalhador.

Desta forma, trazidas tais considerações, delimitadoras do desvio funcional, pode-se agora deixar ao próximo capítulo sua interferência no campo da dignidade moral do trabalhador, foco desta pesquisa, que penderá para uma argumentação do desvio e do acúmulo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se a alusão feita pelo próprio dispositivo o qual tantos indicaram como tão generalista, mas que não se descuidou da questão relativa à dignidade do trabalhador trazida pela expressão “compatível com a condição *pessoal*”, o que denotou preocupação e apreço à dignidade do trabalhador humano.

A propósito, apenas a título de enriquecimento, mencionam-se os institutos do salário-substituição e da equiparação salarial que, por muitas vezes, são confundidos com o instituto do desvio de função, ora em estudo.

O desvio de função difere da situação do salário-substituição, e da equiparação salarial comum (CLT, art. 461). Nos dois últimos casos, o empregado, necessariamente, deve indicar um paradigma, ao qual substituiu, ou a quem deseja equiparar-se. *O desvio de função, entretanto, independe de indicação de paradigma, pois se fundamenta num instrumento jurídico*

¹⁶⁵ TRT-3 - Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo n. 0001569-87.2012.5.03.0137/RO**. Relatora: Sabrina de Farias Fróes Leão. Brasília, 11 de junho de 2013.

(quadro de carreira homologado, regulamento de empresa, convenção ou acordo coletivo), e num fato (a prestação de serviços contínuos em outra função, de salário superior). Na verdade, o desvio pode decorrer até mesmo quando o empregado é o único a exercer a função (grifo nosso)¹⁶⁶.

Como se depreende da citação acima, além da diferenciação com as figuras do salário-substituição, as fundamentações jurídicas nas quais se apoiará o desvio de função serão as normas coletivas, os regulamentos internos, entre outras que possam justificar o nascedouro da situação de desvio. Todavia, o que mais pode ser realçado é a situação de fato mesmo, a qual, pelos ditames do Direito do Trabalho, é a que mais engrandece os direitos dos operários de uma forma ampla e geral. Neste ensejo, ainda, acrescenta-se que o desvio de função, na citação acima, encontrou-se direcionado à situação de desequilíbrio financeiro frente ao exercício de uma determinada função com recebimento salarial aquém, foco mais restrito que o adotado nesta dissertação, pois a deturpação de ordem moral do trabalho frente ao desvio de função, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, pode decorrer de outras situações.

2.7 Caracterização do Acúmulo de Função no Contrato de Trabalho

Agora, então, adentra-se à análise do acúmulo de função sob um norte de entendimentos dos dispositivos legais que trataram de delimitar os parâmetros de enquadramento das funções de todos os empregados, como já dito, de uma forma generalizada.

De acordo com Romar¹⁶⁷, pela Consolidação das Leis do Trabalho é trazido uma ideal das realizações funcionais do trabalhador:

O ideal, portanto, é que se tenha uma determinação expressa das obrigações contratuais e, dentre elas, a que se refere à função a ser exercida pelo empregador. O contrato de trabalho deve conter estipulação específica da natureza da prestação de serviço, ou seja, é preciso que o trabalho a ser realizado seja individualizado da forma mais completa possível.

O trecho acima, muito embora se reporte mais à análise do desvio de função, traçando um ideal do que se poderia ter sobre a matéria em respaldo quanto ao que já foi trazido até o momento, também pode ser considerado como um ponto de partida para o tratamento, agora, do acúmulo de funções.

¹⁶⁶ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 325.

¹⁶⁷ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do Contrato de Trabalho: Função e Local**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998, p. 124.

Antes disso, relevante trazer uma diferenciação do próprio desvio de função, não apenas por este se tratar também do tema proposto à pesquisa, como também porque ambos são confundidos pelos estudiosos do Direito do Trabalho, mais ainda por aqueles que chegam a reclamar direitos na Justiça do Trabalho, não sabendo diferenciar um instituto do outro. O risco atravessado por tais operadores jurídicos poderá, inclusive, levar ao insucesso de sua demanda, eis que carente da fundamentação jurídica suficiente a alicerçar o pedido.

Nesta linha, explica Romar¹⁶⁸:

Na delimitação do objeto de prestação de serviços sempre estão presentes duas situações contrapostas: de um lado as necessidades da organização empresarial, com toda a sua evolução tecnológica, que não possibilitam uma fixação individual de todas as atividades que o trabalhador pode ser chamado a executar; de outro lado os princípios do Direito do Trabalho ligados à salvaguarda da personalidade e à necessidade de que se tenha uma determinação das prestações, uma vez que ao trabalhador *é impossível fazer tudo* (grifo nosso).

Para o que irá se tratar neste tópico do acúmulo funcional, o trecho acima traz notável contribuição, uma vez que não apenas abordou o aspecto do desvio funcional, como também, ao seu final, quando de sua expressão “é impossível fazer tudo” já apontou, de certa forma, o instituto do acúmulo funcional o qual, como será explicitado, nada mais é do que um excesso de tarefas destinadas ao empregado, o que repercutirá em diversas esferas de seus direitos, tanto aqueles de índole patrimonial como os de viés extrapatrimonial, sendo este último o que acarreta o abalo moral, a ser levantado no próximo capítulo.

Por um outro viés de entendimento, em sede de confronto ao que esclareceu Romar, Zangrando¹⁶⁹ lança suas considerações:

Decerto o contrato de trabalho implica, para o empregado, num dever geral de colaboração. Não se pode interpretá-lo, portanto, de modo estritíssimo, especialmente, porque, na estrutura empresarial moderna, as funções e tarefas referentes a cada cargo por vezes se misturam, se ampliam ou diminuem, de acordo com as circunstâncias. Devemos sempre ter em mente que o ambiente de trabalho não é um ambiente estático, onde o empregado é contratado para atividades “a”, “b”, “c” e “d”, apenas, estrita e exclusivamente, como se máquina fosse! Pensar assim é retirar-lhe dignidade, equiparando-o a um “robô” incapaz de exercer qualquer atividade além da qual foi programado. A relação de trabalho não pode, e nem deve ser diminuída para uma relação mecânica, muito pelo contrário. A relação de trabalho é viva e orgânica, e suas atividades são dinâmicas!

Da forma como trouxe o autor, acerca do dinamismo que norteia a relação contratual, é válido o entendimento de que o empregado não deve ser encarado como um ser estático ou

¹⁶⁸ Ibid., p. 125.

¹⁶⁹ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 326.

mesmo arredo a alterações de ordem funcional, contudo, devem ser levados em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade no que diz respeito à quantidade de tarefas que lhe são distribuídas. A polivalência, que nada mais é do que o sentimento de iniciativa profissional, não pode, assim, ser confundida com sobrecarga injusta de trabalho, o que vem a comprometer todo o sistema operacional do trabalhador posto nesta situação.

Vale trazer um conceito doutrinário de acúmulo de funções:

Acúmulo de funções é um fenômeno que ocorre quando o empregado, além daquelas atividades, tarefas ou operações razoavelmente inerentes ao cargo para o qual foi contratado, acaba por executar outras, que por vezes pertenceriam a outros cargos, dentro da estrutura organizacional da empresa¹⁷⁰.

Como tratou o texto acima, o acúmulo de função consiste na situação em que o trabalhador vê-se acrescido, desmedidamente, de misteres que não estão inseridos em seu relevo ocupacional, o que lhe acarreta agravos em seu desempenho profissional e, como será estudado, afecção de ordem moral. Neste tópico, ainda se vislumbrará esta situação de forma objetiva, sem adentrar nos conceitos que exaltam o princípio da dignidade da pessoa humana.

É trazido novamente ao estudo o artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu parágrafo único, por também tratar da disposição legal sobre o tema, no qual compreende-se, agora sobre um foco de acúmulo de funções e não mais o do desvio, que um empregado, no momento de sua contratação, ajusta, de forma tácita, uma prestação de serviços compatível com sua condição pessoal também *num sentido de quantificação de funções, ou seja, não se trata apenas da espécie, da modalidade de atribuição funcional (âmbito do desvio funcional)*, como também de uma mensuração do leque de atribuições potencialmente exigíveis de um determinado empregado, âmbito de análise do acúmulo funcional.

Assim como realizado no tópico atinente ao desvio de função, que abordou um caso prático para uma melhor visualização daquela situação, apresenta-se também uma situação prática de acúmulo de funções, observada em sede de acórdão.

Colaciona-se trecho de um acórdão que, ao determinar o pagamento de diferenças salariais ao trabalhador, uma vez constatada e fenômeno do acúmulo de funções, traz uma explanação bem esclarecedora da diferenciação entre os institutos tantas vezes confundidos ou confrontados:

O desvio de funções é diferente do acúmulo de funções. No primeiro caso, o empregado passa a executar atividades típicas de função diversa daquela

¹⁷⁰ Ibid., p. 326.

para a qual foi contratado. Ou seja, há a substituição dos afazeres do trabalhador, que passa a executar tarefas próprias de outros cargos existentes na empresa. *Já no acúmulo, ocorre o desequilíbrio entre o combinado e o executado, quando o empregador passar a exigir que o empregado exerça, paralelamente às suas funções, outras atividades estranhas à contratação.* (grifo nosso)¹⁷¹.

Com alusão ainda ao trecho do julgado acima transcrito, obtém-se explicação da situação prática posta à apreciação. A empresa reclamada, ora recorrida, passou a atribuir ao empregado, um vigilante de carro forte, as funções de contagem e reposição de dinheiro em caixas eletrônicos. Assim, o trabalhador pediu o seu enquadramento como tesoureiro, ou, ao menos, um acréscimo salarial pelo acúmulo de funções. A juíza de primeiro grau negou os pedidos, fundamentando no fato de a função de tesoureiro incluir várias outras atividades e, ainda, porque, na sua visão, abastecer caixas eletrônicos não é atividade desvinculada das atribuições principais de vigilante. Aqui clama-se atenção para o parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, possivelmente base para utilização deste entendimento pela magistrada do trabalho de primeira instância.

Em continuidade, apresentado o recurso pelo trabalhador, o desembargador do trabalho considerou que, embora a preposta da empresa tenha declarado que fazia parte das funções do vigilante de carro forte contar dinheiro e abastecer caixa eletrônico, não houve desvio de função, porque o tesoureiro exerce muitas outras atividades, como registrado pela juíza sentenciante. Por outro lado, não há dúvidas de que ocorreu, sim, acúmulo de funções. Restou incontroverso que durante o exercício do cargo de vigilante de carro forte, o demandante passou a realizar o abastecimento de caixas eletrônicos e contagem de numerário, o que antes era feito pela instituição bancária, sendo certo que tais funções não se inserem na atividade típica de vigilante de carro forte. Assim, o recurso foi provido, condenando a empresa do pagamento das diferenças salariais em razão do acúmulo de funções, no valor de 10% sobre a remuneração mensal do reclamante, por aplicação analógica do artigo 8º da Lei n. 3.207/57, voto que foi acompanhado pela Turma Julgadora¹⁷².

Dessa forma, ainda é possível conceber um dispositivo de lei (artigo 8º da Lei n. 3.207/57) aplicado analogicamente a um caso de acúmulo de função no que diz respeito às repercussões de índole patrimonial, o que reforça a ideia de ausência de texto legal pertinente à matéria como um todo, deixando mesmo ao critério jurisdicional a elucidação mais

¹⁷¹ TRT-4 - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Vigilante de carro forte que repõe dinheiro em caixas eletrônicos deve receber adicional por acúmulo de funções. **Notícias**, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/biblioteca/noticia/info/NoticiaWindow?cod=373755&action=2&destaque=false>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

¹⁷² Ibid.

adequada às problemáticas. Houve uma análise, também, de um caso prático e de suas repercussões.

Reforça-se ainda uma situação que muito foi falada, até mesmo pela mídia, sobre acúmulo de função quanto aos trabalhos em supermercados. Foi-se percebendo que, paulatinamente, os caixas passaram a exercer também as funções de empacotamento de mercadorias e, como efeito também, isto favorecia a dispensa em massa dos empacotadores ou auxiliares de caixa, ou seja, dois problemas por conta de uma única situação. Diversas reclamações foram propostas tendo como objeto o acúmulo de função, nas quais foram reconhecidos como devidos os pagamentos de *plus* salarial aos caixas pelo exercício de acomodação das mercadorias a serem levadas pelos clientes. Em vista disso, por intermédio de novos ajustes de contratos de trabalho, precipuamente em caráter de coletividade do trabalho, houve uma nova formatação, de forma expressa, das atribuições dos caixas e, assim, o problema foi resolvido. Destaca-se, mais uma vez, a importância de um ajuste mais especificador das tarefas dos empregados de um modo geral, buscando, com isso, evitar os conflitos neste sentido. A propósito, temos os editais de concurso público, seja na forma empregatícia ou estatutária, nos quais as atribuições acabam sempre bem destacadas e esmiuçadas.

Por fim, tratando dos aspectos ligados às repercussões de ordem material na esfera de direitos do trabalhador, cita-se o artigo 483, alínea “a” da Consolidação das Leis do Trabalho, que preceitua uma das hipóteses de rescisão indireta do contrato de trabalho por culpa do empregador, trazendo a situação na qual acabam por ser exigidos esforços do empregado além de sua capacidade, que segue transcrito: “O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato”.

A tipificação legal acima elencada nada mais é do que a noção de acúmulo de função para fins mesmo de rescisão do contrato de trabalho, o que espelha a importância das partes anuírem sobre as tarefas a serem prestadas, pretendendo a boa consecução dos contratos de trabalho.

Dessa forma, então, seguiram alguns aspectos objetivos do acúmulo de função, o que poderá servir de base quando do tratamento de suas incidências na seara da dignidade humana do trabalho, a ser estudado no próximo capítulo. Antes disso, importante estudar o aspecto da lacuna legislativa quanto aos dois últimos institutos estudados.

2.8 Problemática da Inércia Normativa no Desvio e Acúmulo de Função

O ordenamento jurídico, por seu parágrafo único do artigo 456 da CLT, deixou a questão imprecisa, entregando ao crivo judicial a solução ao caso concreto, decidindo se houve ou não o desvio ou acúmulo de função. Tal contexto tornou dificultosa a caracterização do próprio desvio e acúmulo funcional, de forma que o dano moral daí decorrente fica mais tormentoso ainda de ser comprovado. Em outras palavras, se já é difícil caracterizar um instituto, o que se dirá de obter a reparação do dano moral decorrente de tal caracterização.

Apesar de ser desejável a especificação contratual da função, a nossa legislação trabalhista não contém dispositivo que exija expressamente a definição da função do trabalhador. Ao contrário, o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho permite que o empregado e empregador livremente estipulem o conteúdo do contrato (e, conseqüentemente, a função a ser exercida), desde que não desrespeitem as disposições de proteção ao trabalho. Desta forma, de imediato é possível dizer que, em relação às atribuições funcionais do empregado, ou existe ou não existe cláusula expressa determinada pelas partes¹⁷³.

Contudo, a problemática que envolve as situações de caracterização de desvio e acúmulo de função vai um pouco além da própria configuração destas situações, com reflexos não somente no universo jurídico, como também no social.

Uma reflexão que pode ser feita quanto a esta inexatidão da lei seria justificada pelo receio do legislador em pré-delimitar quais seriam os aspectos objetivos de limites das funções, uma vez o próprio contrato de trabalho, por tratar-se de ajuste costumeiramente informal, aceito até mesmo de forma verbal, não exige solenidades para formalização. Existe sim uma exigência de capacitação para aquilo que irá ser exercido pelo obreiro, todavia, certos pormenores como, por exemplo, aqueles ligados aos futuros incidentes de desvios e acúmulos de funções, serão instaurados mais na vigência do contrato de trabalho. Afinal, o que buscam trabalhadores e empregadores na fase de contratação e experimentação é a criação da credibilidade e da confiança recíprocas.

A lei, pelo seu texto atual, traz benefícios e prejuízos ao trabalhador. No tocante à questão prejudicial, reitera-se a problemática quanto à configuração do desvio e do acúmulo de função, uma vez que poderia o texto legal ter apresentado uma redação mais rica, potencialmente hábil à melhor resolução dos conflitos. Num aspecto de favorecimento ao trabalhador, posto que o ordenamento jurídico não traz um rol taxativo, nem mesmo exemplificativo, do que vem a ser uma função e o que dela pode ser exigido, a contratação tornou-se mais acessível e, por outro viés de argumentação, a própria dispensa pelo não

¹⁷³ ROMAR, Carla Teresa Martins... Op. Cit., p. 125.

atendimento das funções (conteúdo e carga) também tornou-se um caminho mais fácil a ser percorrido pelo empregador, mesmo no caso da dispensa imotivada, considerando que a motivação jurídica e legal, para efeitos de desatendimento das funções, é vaga. Enfim, trata-se apenas de uma abordagem de cunho social e prático, que pode ser relevada para os fins desta pesquisa.

TRT-PR-03-08-2012 I - DESVIO DE FUNÇÃO. ATRIBUIÇÕES COMPATÍVEIS - Não se pode reconhecer o direito às diferenças salariais pelo desvio de função quando a trabalhadora desempenhava serviços compatíveis com suas condições (art. 456, parágrafo único, da CLT) e esta não demonstra a existência de disciplina regulamentar, norma coletiva ou quadro organizado de carreira a amparar a pretensão de diferenças salariais. Recurso do réu conhecido e provido¹⁷⁴.

Ou ainda: "Desvio de função. Somente se prevista em norma coletiva pagamento por acúmulo de função é devida a verba. Exercício de outra função não acarreta pagamento"¹⁷⁵.

Somado à ausência de legislação que contemple critérios de configuração do desvio e acúmulo, as próprias lacunas da disciplina quanto aos regulamentos internos (quadro de carreira, norma coletiva), também favorecem o surgimento dos problemas neste particular, tal como ilustraram os julgados acima.

DESVIO DE FUNÇÃO. INCORRÊNCIA. INEXISTE DESVIO DE FUNÇÃO QUANDO O AUTOR NÃO CONSEGUE DEMONSTRAR O EXERCÍCIO DE *ATIVIDADE INCOMPATÍVEL* COM SUA CONDIÇÃO PESSOAL OU EXPRESSAMENTE VEDADA EM SEU CONTRATO DE TRABALHO OU TAMPOUCO O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ILÍCITA. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 456 DA CLT FACULTA AO EMPREGADOR EXIGIR DO EMPREGADO QUALQUER ATIVIDADE COMPATÍVEL COM SUA CONDIÇÃO PESSOAL, DESDE QUE LÍCITA. TAL SE DÁ PELO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO *JUS VARIANDI* DO EMPREGADOR. RECURSO IMPROVIDO. (grifo nosso)¹⁷⁶.

Do julgado acima, tem-se que a fraqueza da lei é desfavorável ao obreiro. Na hipótese de um melhor esclarecimento legal acerca da problemática, o trabalhador teria um instrumento facilitador do entendimento judicial, permitindo a aplicação efetiva do que pretende instituir a legislação trabalhista, fazendo prevalecerem as consequências das situações de fato. Enfatiza-se a alusão à licitude da alteração funcional, argumento que não estava em voga quando do questionamento do obreiro, que levou à mudança de função, que o fez sentir-se contrariado e lesionado.

¹⁷⁴ TRT-9 - Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Processo n. 2626020109903 PR 26260-2010-9-9-0-3**. Relator: Edmilson Antônio de Lima. Curitiba, 03 de agosto de 2012.

¹⁷⁵ TRT-2 - Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 205200744502002 SP 00205-2007-445-02-00-2**. Relator: Sérgio J. B. Junqueira Machado. São Paulo, 20 de abril de 2010.

¹⁷⁶ TRT-19 - Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. **Recurso Ordinário n. 58201126219003 AL 00058.2011.262.19.00-3**. Relator: Eliane Barbosa. Maceió, 01 de agosto de 2012.

ACÚMULO DE FUNÇÃO. SERVIÇO COMPATÍVEL COM A CONDIÇÃO PESSOAL DO EMPREGADO. ARTIGO 456 DA CLT. Inferindo-se do conjunto probatório que a empregada exerceu atividades *compatíveis* com a função contratual, impõe-se concluir *que carece de amparo legal o pedido de compensação financeira pelo acúmulo de função* (grifo nosso)¹⁷⁷.

Repetidamente, consoante os termos do julgamento acima, o critério legal vem em desaproveito do trabalhador, que encontra dificuldades em apresentar um arcabouço probatório que lhe seja favorável, inclusive devido à falta de parâmetros bem estabelecidos em lei quanto à caracterização da figura.

ACÚMULO DE FUNÇÃO - ARTIGO 456 DA CLT - inexistindo nos autos descritivos de cargos que limitem as atividades do reclamante, e diante da plena *compatibilidade* entre as tarefas de borracheiro e lubrificador com as atribuições de ajudante de oficina, descabe a pretensão de acréscimo salarial por acúmulo de função, por força do artigo 456 da CLT (grifo nosso)¹⁷⁸.

Quanto ao julgado acima, embora seja dificultosa a tarefa de diferenciação objetiva entre funções, tais como entre borracheiro e lubrificador (a exemplo do caso), o que mais destacou-se foi a ausência de amparo legal. Todavia, ainda se abordando sobre as funções quanto aos aspectos dos atributos funcionais, deveria restar claro ao magistrado que, embora tais atributos não fossem levados aos autos de forma esmiuçada, o senso comum deveria prevalecer para fins de diferenciação uma vez que, por óbvio, tratam-se de funções diferentes.

Dos julgados acima, reforça-se a imprecisão do texto legal, o que vem a deixar a critério judicial a verificação do desvio e do acúmulo de função. Até mesmo chegam os juízes a fundamentarem suas decisões com base no *jus variandi*. O que se percebe é que o enunciado do artigo 456, parágrafo único *mais contribui ao indeferimento do desvio e do acúmulo do que o reconhecimento dos mesmos, onde a expressão “compatibilidade” vem sendo utilizada como um impeditivo destas configurações transgressoras do contrato de trabalho*.

Apesar de ser desejável a especificação contratual da função, a nossa legislação trabalhista não contém dispositivo que exija expressamente a definição da função do trabalhador. Ao contrário, o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho permite que o empregado e empregador livremente estipulem o conteúdo do contrato (e, conseqüentemente, a função a ser exercida), desde que não desrespeitem as disposições de proteção ao trabalho. Desta forma, de imediato é possível dizer que, em relação às

¹⁷⁷ TRT-6 - Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Processo n. 176282010506 PE 0000176-28.2010.5.06.0004**. Relator: Maria das Graças de Arruda França. Recife, 05 de novembro de 2012.

¹⁷⁸ TRT-5 - Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário n. 1435004720095050131 BA 0143500-47.2009.5.05.0131**. Salvador, 17 de junho de 2011.

atribuições funcionais do empregado, ou existe ou não existe cláusula expressa determinada pelas partes¹⁷⁹.

Neste norte, destaca-se o Projeto de Lei n. 2.746/2011, proposto pelo deputado federal Sr. Carlos Bezerra, o qual prevê que funcionários devem desempenhar apenas as funções para as quais foram contratados, *na inexistência de cláusula contratual expressa em sentido contrário*.

Altera a redação do parágrafo único do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor que o empregado está obrigado a desempenhar apenas a função para a qual foi contratado, salvo cláusula contratual expressa em contrário.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O parágrafo único do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 456. [...]”

Parágrafo único. Inexistindo cláusula contratual expressa a respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou exclusivamente à prestação de serviços na função para qual foi contratado.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação¹⁸⁰.

O projeto justifica-se porque o parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação atual, prevê que “à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço”, o que gera uma permissividade no estabelecimento das funções que serão desempenhadas pelo empregado, facilitando a caracterização do desvio e do acúmulo de função. Neste sentido, é o inteiro teor da justificativa apresentada pelo Deputado Carlos Bezerra, autor do projeto:

O parágrafo único do art. 456 da CLT, com a redação atual, prevê que “à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”. Essa redação, apesar da boa intenção do legislador, deixou um caminho aberto para os empregadores abusarem do seu poder diretivo e cometerem ao empregado um sem-número de atividades que não pertencem à função para a qual ele foi contratado.

O argumento para tal abuso é de que as funções adicionadas à rotina do empregado são funções correlatas e não constituem, por isso, acúmulo ou desvio de função.

A redação do dispositivo celetista, sem dúvida, permite uma interpretação bastante larga do conceito de função correlata, o que favorece o abuso e impede que a Justiça do Trabalho decrete o acúmulo ou o desvio de função.

¹⁷⁹ Ibid., p. 125.

¹⁸⁰ Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.746 22 de novembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528047>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

Considerando a posição de hipossuficiência do empregado, propomos uma alteração bastante simples, que, no nosso entender, traz segurança jurídica às partes e inibe a prática sistemática de abusos. Nossa redação determina que o empregado obriga-se única e exclusivamente com a prestação de serviços na função para a qual foi contratado.

Essa redação conduz a uma interpretação estrita e segura. Se o empregado foi contratado para a função de motorista, por exemplo, ele só se obriga a prestar serviços de motorista, não podendo, por exemplo, ser obrigado a receber o pagamento de passagem. Por outro lado, esta dicção estrita da norma que propomos não impedirá que o empregado preste serviços em funções correlatas, desde que essas atividades sejam descritas no contrato de trabalho.

Pensamos que essa inversão dos termos em que hoje está posta a questão do acúmulo ou do desvio de função é mais justa, pois leva em conta a posição do trabalhador em face do empregador. Sem embargo, a redação proposta não elimina a possibilidade de prestação de atividades correlatas à função de contratação, desde que prevista em cláusula contratual específica.

Pensamos que a alteração proposta além de fazer justiça ao trabalhador, favorece a segurança e abertura de postos de trabalho, de vez que, ao ser impedido de lançar mão de forma indiscriminada do acúmulo e do desvio de função, o empregador terá, necessariamente, que contratar novos colaboradores.

Ante o exposto, pedimos o apoio dos Ilustres Pares para a aprovação do presente projeto de lei que contribuirá muito para a valorização do empregado.

De plano, pode-se enfatizar as razões de apresentação do projeto, as quais legitimam a proteção que o Direito do Trabalho deve fornecer aos trabalhadores. Reflete o entendimento de que o parágrafo único do artigo 456 permite uma interpretação muito ampla do conceito de função *correlata*, o que favorece a ocorrência de abusividades.

Foi proposta uma alteração simples para trazer segurança jurídica às partes e evitar a prática dos abusos. Assim, de acordo com a nova redação, o empregado estaria obrigado a desempenhar única e exclusivamente à função pela qual contratado, *inexistindo cláusula contratual expressa em sentido contrário*.

A ideia constitui um avanço desta temática, trabalhando até com exemplos práticos da situação. Entende-se que, pela informalidade do contrato de trabalho, o qual normalmente não traz um rol de cláusulas contratuais, menos ainda quanto à determinação da função principal e funções correlatas, poderá a situação ser resolvida de uma maneira mais fácil.

Isto se justifica pelo fato de que, não havendo a estipulação de forma contrária (o que mais ocorre), tal como prevê a nova redação, o sentido dado pela nova proposta do parágrafo único ensejará uma interpretação diversa dos casos de desvio e acúmulo de função. Os contratos de trabalho, em geral, como já mencionado, não trabalham como ramificação de cláusulas e mais cláusulas nas quais se poderia inserir a disposição de proibição de exercício de tarefa diversa; até mesmo o registro mais simples do contrato de trabalho, que é aquele que

se dá em CTPS, mostra-se raro. Sendo assim, a *compatibilidade* de prestação de serviços (menção atual) seria atualizada para um novo contexto de interpretação da temática, agora com um fundo de contratualidade. A ideia é louvável e apresentaria boa efetividade em vista da informalidade do contrato de trabalho.

Cabe trazer um julgado que, por seus termos, exaltaria a necessidade de aprovação deste projeto, uma vez que vem a exigir exatamente o que vem a ser proposto:

DIFERENÇAS SALARIAIS. DESVIO DE FUNÇÃO. Caso em que incide o disposto no artigo 456, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de que, *não havendo prova ou cláusula expressa no contrato de trabalho*, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Merece ser mantida a sentença que não reconheceu o exercício da função de armador e indeferiu o pedido com base no desvio funcional. Nega-se provimento ao recurso ordinário do reclamante. [...] (grifo nosso)¹⁸¹.

Assim, conforme citou o projeto de lei, deverá sempre o Direito do Trabalho primar pela evolução de regulamentação das normas trabalhistas, sendo que esta tentativa de inovação legal contribuiria para tanto, justificando-se a sua existência no ordenamento jurídico-trabalhista.

Oportuno salientar, por fim, que o projeto, em trâmite ordinário, recebeu no dia 05 de setembro de 2012 um parecer contrário à aprovação pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, argumentando-se que a proposição estaria na contramão do atual dinamismo e evolução das relações do trabalho, também contrariando as exigências de mercado e as necessidades dos empregados e das empresas, além do que seria oposta ao princípio básico de Direito do Trabalho do *jus variandi*.

Espera-se que o posicionamento adotado pela referida Comissão não seja corroborado pelas demais e pelo plenário das casas do Congresso Nacional, pois este deixou de lado os problemas práticos vivenciados no cotidiano trabalhista no que tange ao desvio e ao acúmulo de função, fazendo com que o empresário permaneça numa posição muito acima à do trabalhador no que tange ao desvio e ao acúmulo de função.

Com efeito, reforça-se que a dificuldade de configuração dos casos de desvio e acúmulo de função, que poderia ser suprida pelo Projeto de Lei, configura um impeditivo no reconhecimento do dano moral pelas práticas em estudo e, conseqüentemente, à afirmação da dignidade humana do trabalhador.

¹⁸¹ TRT-4 - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 4175420105040522 RS 0000417-54.2010.5.04.0522**. Relator: Leonardo Meurer Brasil. Porto Alegre, 21 de junho de 2011.

CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL NO DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÕES E A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

Desde o início, notou-se que o Direito do Trabalho, em seus fundamentos, volta-se à proteção da pessoa humana no ambiente do trabalho, o que envolve não somente a preservação dos direitos sociais como também a garantia de tratamento digno no espaço de trabalho. Este capítulo, dentre outras questões, pretende aprofundar este viés humanístico do Direito do Trabalho, com foco especial ao contrato de trabalho em si, tendo em vista que as práticas de desvio e acúmulo de funções se dão em decorrência de uma inadequada aplicação do Direito Contratual do Trabalho.

Com efeito, ao trabalhador que se sujeita a um contrato de trabalho, é garantido o tratamento digno, até mesmo porque o trabalho é mais do que fonte de remuneração, mas sim efetiva manifestação de modo de construção da personalidade. Sendo o trabalho uma condição dignificante, coerente que ele respeite os preceitos de Direitos Humanos. De forma notável, cabe atenção especial ao aspecto dos direitos da personalidade, que também deverão ser respeitados no contrato de trabalho. Logo, o contrato de trabalho tem uma função social a ele inerente, voltada ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Quando práticas como o desvio e o acúmulo de funções se tornam usuais, resta atingido muito mais que o patrimônio do trabalhador, que deveria estar recebendo pelo serviço que efetivamente presta e não pelo qual se alega que foi contratado, mas de fato a sua dignidade, principalmente em situações em que as funções a ele incumbidas menosprezam a sua capacidade ou exigem dele muito mais do que pode dar, caso em que se faz presente situação caracterizadora de dano moral.

O dano moral no Direito do Trabalho se sujeita às disposições genéricas da legislação civil, embora o julgamento se dê perante a Justiça do Trabalho inserido em reclamações trabalhistas. Logo, é preciso um olhar atento ao instituto da responsabilidade civil para, com isso, buscar compreender as dimensões que envolvem o dano moral por desvio e acúmulo de função para, então, finalizar o capítulo estudando as situações em que ele tem sido reconhecido e a quantificação a respeito, sem perder de vista a possibilidade de dano moral coletivo a ser buscado pelo Ministério Público do Trabalho. Enfim, parte-se da premissa, a ser desenvolvida no capítulo, de que o reconhecimento do dano moral, pela prática atentatória ao Direito Contratual do Trabalho do desvio e acúmulo de funções,

exterioriza a proteção da pessoa humana buscada pelos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos.

3.1 Direitos Humanos no Contrato de Trabalho

Direitos Humanos do trabalhador usualmente se encontram inseridos de forma irrefutável nos contratos de trabalho, enraizados com o fito de proteção ao trabalhador com tal força que jamais podem dele se desprender. Eles espelham um caráter mínimo e absoluto de preservação e salvaguarda do trabalhador nem tanto sob o foco dos preceitos trazidos pelos direitos sociais e fundamentais inerentes à figura do operário, mas principalmente quanto ao aspecto de baluarte do trabalhador à luz de sua existência como pessoa, como ser humano, de feição primordial e antecessora a todos e quaisquer direitos. Assim, antes de ser trabalhador, se é pessoa humana, que deve ser protegida em todos seus bens jurídicos essenciais.

Apenas a título de melhor enriquecimento de pesquisa, cumpre diferenciar Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais.

Sob o ponto de vista material, os termos *Direitos Humanos* e *Direitos Fundamentais* possuem equivalente conteúdo, pois se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bens jurídicos mais sensíveis no plano da proteção da dignidade humana. As diferenças entre os mesmos estão ligadas às suas fontes. Nesse norte, a expressão *Direitos Fundamentais* designa as posições jurídicas básicas reconhecidas como tais pelo Direito Constitucional positivo de um dado Estado, em um dado momento histórico¹⁸². Por sua vez, o termo *Direitos Humanos* refere-se aos direitos básicos da pessoa reconhecidos no âmbito dos documentos de Direito Internacional. Assim, humanos seriam os direitos cuja validade desconhece fronteiras nacionais, comunidades éticas específicas, porque afirmados por fontes de direito internacional¹⁸³.

Trazida a distinção acima, pode-se extrair a universalidade dos Direitos Humanos que, na concepção acima, retratam um caráter de privilegiada aplicabilidade e efetivação pelos países que aderem às premissas legais de ordem internacional, as quais, dada a relevância dos Direitos Humanos, retratam um situação de indispensabilidade de inserção destes junto ao Direito interno, vindo cada ordenamento jurídico a contemplá-los e

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35 apud FALCONI, Francisco. **Diferenças entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/2008/07/16/doutrina-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

¹⁸³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 08 apud FALCONI, Francisco... Op. Cit.

hierarquizá-los como direitos fundamentais dos seus jurisdicionados, como assim procedeu o Estado brasileiro quando da promulgação da atual constituição.

No que diz respeito à história dos Direitos Humanos na seara do Direito do Trabalho, pode-se citar que, já mesmo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em 2 de outubro de 1789, a matéria já recebeu ilustre tratamento, enunciada da forma como segue:

XVIII – Todo homem pode empenhar seus serviços, seu tempo; mas não pode vender-se nem ser vendido. Sua pessoa não é propriedade alheia. A lei não reconhece a domesticidade; só pode existir um penhor de cuidados e de reconhecimento entre o homem e que trabalha e aquele que o emprega.

À época da Declaração Universal de 1789, o sentimento era do combate à escravidão, conforme pôde ser observado quando da leitura do trecho acima. De toda forma, como aludido por algumas vezes nesta pesquisa, embora hoje isto pareça uma obviedade que dispensaria maiores comentários a respeito, reitera-se que o Direito do Trabalho, desde sua concepção, atravessa modificações como todas as esferas do Direito e, assim, para cada momento haverá uma nova necessidade à baila para elevação dos trabalhadores à condição esperada de dignidade.

E, para ratificar esta evolução de direitos, efetua-se um paralelo entre aquela época e os dias atuais. A Declaração de 1789 tratou da nocividade do trabalho escravo, do fato de a pessoa humana poder ser equiparada a uma mercadoria. Hoje, ano de 2013, tem-se que a figura do empregado doméstico, *deveras utilizada como escrava*, não está mais somente equiparada à condição de trabalho subordinado, como também “acabou” de receber uma ampliação de inúmeros direitos e garantias os quais, por diversas épocas, acreditou-se a sociedade jurídica que jamais seriam conferidos como, por exemplo, o controle da jornada de trabalho. Enfim, o exemplo traz sua serventia de evolução do Direito do Trabalho à luz dos Direitos Humanos.

A justa valorização do empregado doméstico repercutirá positivamente na sociedade brasileira, promovendo igualdade material em benefício de número significativo de trabalhadores que, injustamente, vem sofrendo com proteção jurídico formal incompleta, parcial e preconceituosa¹⁸⁴. Denota-se, concisamente, o resultado que se busca alcançar por intermédio da implementação dos benefícios legais estendidos agora aos domésticos,

¹⁸⁴ MEDEIROS, Dárten Prietsch; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântra. Empregado Doméstico: novas perspectivas de tratamento jurídico. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 68.

valorizando uma classe que, por um longo tempo, vinha sofrendo os desmandos da classe empregadora, embora não se diferenciasssem dos trabalhadores em geral, o que não justificava a condição a qual se submetiam.

Bem se sabe que a Declaração de 1789 foi muito mais um marco dos direitos de liberdade, fazendo emergir a 1ª Dimensão de Direitos Humanos, do que dos direitos dos trabalhadores. No entanto, a liberdade é bem fundamental do próprio trabalhador, na qualidade de instrumento para que sua personalidade se desenvolva.

Por sua vez, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, é feita a alusão ao Direito do trabalho de várias formas, sendo a que mais se destaca é a do inciso I do artigo 23 da Declaração: “I – Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Como se pode perceber, em comparação à Declaração anterior, o trabalho humano já recebeu uma nova e honrosa concepção de proteção, agora sob um viés de repúdio às maléficas condições de trabalho e de remuneração e, até mesmo, sob o manto de uma maior permanência dos contratos de trabalho vislumbrando já um aspecto de temor à questão do desemprego. Mais uma vez, nota-se a evolução dos direitos dos trabalhadores em sede de declarações universais dos direitos do homem.

Colaciona-se uma proveitosa noção de Direitos Humanos no contexto do Direito do Trabalho:

Direitos Humanos são universais e absolutos. São originários da noção construída historicamente de que, independente de sexo, raça, credor, cor, origem ou nascimento, somos todos iguais e, portanto, ninguém é superior a ninguém. Assim, *quando uma pessoa empenha sua força de trabalho para outrem, ela não é inferior a esta, embora o direito reconheça sua condição de hipossuficiente*. Ou seja, para assegurar que a igualdade jurídica de ambas permaneça inalterada por diferenças econômicas, *há todo um arsenal de leis (grifo nosso)*¹⁸⁵.

A justificativa de reconhecimento dos Direitos Humanos frente ao meio social e jurídico, qual seja sua incessante busca pela igualdade entre todos os indivíduos, considerando a infinidade de distinções no tocante à raça, credo, cor, entre demais elementos “diferenciadores”, ainda não faz desmerecer ao trabalhador sua condição de hipossuficiente frente à figura do empregador ou de qualquer outrem que venha a exigir serviços mediante pagamento de uma contraprestação, ou seja, a condição de hierarquicamente inferior subsiste ao arcabouço jurídico de proteção ao ser humano trabalhador. Tais anseios foram

¹⁸⁵ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direitos Humanos Do Trabalho: A proteção legal aos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7391>. Acesso em 21 jul. 2013.

implementados no ordenamento jurídico brasileiro, incorporando a lei os Direitos Humanos que devem ser garantidos pelo Direito do Trabalho.

3.1.1 Ordem jurídica brasileira e promoção dos Direitos Humanos

Embora o título fornecido ao tópico atual acene para um estudo mais filosófico da condição humana do trabalhador, a abordagem será feita sob um viés de praticidade da prestação do trabalho, dadas algumas condições preconizadas pela lei brasileira, sempre em correspondência às diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Antes de ingressar ao aspecto de incidência prática dos valores humanos do trabalho, é possível apenas reiterar o que já foi, por algumas vezes, tratado nesta pesquisa, no sentido de frisar que a prestação de trabalho não importa apenas num meio de subsistência do indivíduo, mas sim também uma forma de evolução da pessoa e inserção no meio social.

O direito à vida do trabalhador foi tratado pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXII, quando da preocupação quanto à redução dos riscos inerentes ao trabalho, às normas de saúde, à higiene e à segurança do trabalho, demonstrando, desde os critérios constitucionais, uma preocupação estatal em assegurar aos trabalhadores que os mesmos tenham um ambiente de trabalho salutar e protegido de moléstias que possam acometer sua integridade física. A propósito, é possível reportar ao tópico 1.4.2 desta dissertação, o qual veio contribuir para a questão relativa ao meio-ambiente do trabalho, muito relevante para a questão posta neste momento em discussão, qual seja a proteção da vida do trabalhador. Ainda sob este viés, o artigo 483, alínea “c” da CLT, ao enquadrar como uma das hipóteses de rescisão indireta do contrato de trabalho pelo empregador a situação em que o trabalhador sofre perigo de manifesto de mal considerável, também traz por afiançar um norte de proteção à integridade física do operário.

No tocante à igualdade humana, é possível citar o artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê expressamente que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. Em continuidade, retornando à legislação celetista, o artigo 461, ao tratar dos requisitos necessários à equiparação salarial, os quais também passaram a ser tratados também pela Súmula 6 do Tribunal Superior do Trabalho, veio a primar pela não discriminação de pagamento de salários quando considerada a prestação de trabalho em condições similares de função, localidade de prestação de serviços, entre outros fatores considerados determinantes pela lei e jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho para elidir a diferenciação injustificada de remuneração.

E o texto constitucional, por seu artigo 7º, inciso XXX, também refere-se à proibição da diferença de salários por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, perfazendo a mesma proposta dos preceitos legais e jurisprudenciais acima alinhavados.

Ainda quanto à igualdade entre os indivíduos, *aspecto de maior relevância da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ressalta-se a proibição enunciada pelo artigo 7º da Constituição Federal, em seus incisos XXXI, XXXII e XXXIV que tratam, respectivamente, da proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos e da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Neste passo ainda, cabe, mais uma vez, nesta pesquisa, lembrar da Lei n. 9.029/95, em seu artigo 1º, que cuida da proibição de qualquer comportamento de índole discriminatória para efeitos de acesso ao emprego.

Em termos de igualdade, o artigo 373-A, por seus incisos, precipuamente, referendou a proteção do mercado de trabalho à mulher, vedando a publicação de anúncios de emprego nos quais constem referências a sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade a ser desempenha, pública e notoriamente, assim o exigir; vedando a recusa também de emprego, promoção ou a dispensa de trabalho pelos mesmos critérios acima; coibindo que seja considerada, como variável determinante de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional, adoção de critérios como cor, sexo, idade ou situação familiar e sob este mesmo pensamento ainda, obstar o acesso, de uma forma, ao concurso público por tais critérios discriminatórios.

Até mesmo da proteção do trabalho do idoso, a legislação brasileira não mais se descuidou. O artigo 26 do Estatuto do Idoso enfatizou que o idoso terá sua direito ao exercício da atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas. Até mesmo para efeitos de contratação, o artigo 27 vedou a discriminação e a fixação de limite de idade, inclusive para fins de ingresso ao serviço público.

Há ainda diversos apontamentos legais que ilustram o pensamento humanista frente ao Direito do Trabalho, contudo não se mostra possível ou até mesmo pertinente tratar de todo este aparato legal nesta pesquisa, mesmo porque os mais importantes, aqueles concernentes ao direito à vida do trabalhador, bem como às prerrogativas de igualdade e isonomia do operário no seio do contrato de trabalho, foram enunciados por este tópico, o qual buscou uma demonstração de como o Estado brasileiro vem, através dos tempos, evoluído nas questões condizentes ao trabalho humano na própria acepção da palavra.

Há muito a ser realizado ainda em termos práticos. De toda forma, a existência da lei, comando imperativo da conduta social, já ordena zelo e cautela por parte do empregador, uma vez que a ordem jurídica brasileira, predominantemente a constitucional, como observado pelas alusões acima, lançou um programa de combate às condutas discriminatórias do trabalho como um todo, considerando diversos ângulos e momentos do contrato de trabalho.

Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá *unidade de sentido*. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe feição particular. (grifo nosso)¹⁸⁶.

A promoção de Direitos Humanos deve se dar de forma interdependente, isto é, não basta garantir o respeito aos direitos de liberdade: preservar e fortificar os direitos sociais é essencial para a ordem do Estado Democrático de Direito. Há unidade de sentido quando a Constituição enumera diferentes dimensões de direitos fundamentais, asseverando que todas elas devem ser respeitadas. Cada um dos valores sociais do trabalho nada mais é do que exteriorização das pretensões do constituinte de ver construída uma ordem social mais justa e igualitária.

A respeito da proteção da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho, reforça Barbagelata¹⁸⁷:

Os Tribunais Constitucionais têm feito da dignidade humana um elemento definidor além de lhe atribuir um "valor absoluto", para a determinação da constitucionalidade ou mais amplamente da dimensão constitucional, das normas, situações e comportamentos que se ativam no curso das relações de trabalho individuais e coletivas. É assim que se registram, em vários países, decisões dos tribunais especializados que invocam como argumento principal o agravo à dita dignidade: para reconhecer, entre outros extremos, os seguintes: a) Limites aos poderes do empregador; b) Direito a manter o emprego se não interfere causa justificada; c) Proteção do trabalhador enfermo; d) Alcance e garantias da liberdade sindical; e) Proteção do direito de greve; f) Eliminação de casos de discriminação por idade avançada; g) Condições trabalhistas dos trabalhadores estrangeiros; h) Inaceitabilidade do prolongamento das jornadas de trabalho.

Assim, por este tópico, visualizou-se os principais expedientes legais que, aliados às decisões judiciais que venham a entregar efetividade a tais direitos e uma atuação eficiente do poder público em cumprimento das normas regulamentares de trabalho, permitem uma situação de equilíbrio das relações trabalhistas que, ao ver de alguns estudiosos do Direito do

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 59.

¹⁸⁷ BARBAGELATA, Héctor-Hugo... Op. Cit., p. 94.

Trabalho, já poderia ser melhor visualizada no meio social se, ao menos, os Direitos Humanos contemporâneos do trabalho fossem plenamente respeitados.

Acentua-se, mais uma vez, a questão alusiva à evolução dos direitos do homem, no caso o homem trabalhador. Anteriormente, pela Declaração Universal de 1789, repudiava-se a escravidão. Pela Declaração de 1948, a prioridade era a permanência do emprego. E agora, dadas todas as previsões legais que guardam correspondência à declaração em vigência, ainda mais aquelas de ordem constitucional, visualiza-se uma progressão legal sólida que, como já dito, ainda submete-se a uma ordem político-administrativa hábil a proporcionar efetividade a todas estas prerrogativas peculiares aos Direitos Humanos dos trabalhadores.

3.1.2 Direitos Humanos Sociais e o desvio e acúmulo de função

Este tópico versará sobre algumas das questões relativas aos Direitos Humanos Sociais relacionados às figuras do desvio e acúmulo de função, sobretudo com referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este último ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

O desvio e acúmulo de função correspondem, em linhas gerais, a distorções no âmbito do contrato de trabalho. Quando um empregado é admitido aos quadros de uma empresa, ou mesmo para prestação de serviços em prol de uma pessoa física, enfim, quaisquer que seja a natureza jurídica daquele que necessita dos serviços de alguém, é possível, pelo que já foi falado, entender que existe uma noção, por parte do empregador, daquilo que potencialmente poderá exigir do empregado, mais ainda no tocante à espécie dos serviços que serão prestados. Neste momento, ainda, nada seria pensado a respeito do volume de serviços, eis que somente a labuta do dia-a-dia demonstrará a habilidade do trabalho neste tocante.

Por outro lado, o empregado vê-se numa situação, inicialmente, de desafio a ser alcançado, ou seja, mais entrega atenção aos futuros ideais profissionais a serem alcançados em vista da própria admissão do que a especificidade técnica dos serviços em si, quiçá no que diz respeito à quantidade de serviços. Isto seria deixado de lado, a princípio, em decorrência do entusiasmo da contratação.

O trabalhador apresenta uma expectativa em engrandecer profissionalmente, conquistar uma ocupação funcional diferenciada a cada dia. Por mais que valorize demasiadamente o aspecto financeiro da relação de trabalho, não poderá negar os sentimentos agora traçados. Antes da figura do operário, enxerga-se um ser humano que, dada a edificação do significado do trabalho no meio social, quase sempre crê que conseguirá alcançar muitos

de seus objetivos, até mesmo aqueles relacionados a sua vida pessoal, por intermédio também do trabalho.

Desta forma, tratando primeiramente do desvio de função, a hipótese do empregado ser submetido ao desempenho de função alheia ao seu feixe de habilidades, entende-se que existe uma frustração frente a tudo que idealizou. Mesmo contemplando a lei celetista que o empregado poderá, muito bem, desempenhar funções que possam ser consideradas como compatíveis a sua condição pessoal, como chegar à conclusão de que o desvio ocorreu? E no caso do acúmulo de função, quando assim será considerado?

Alguns aspectos já foram abordados no capítulo anterior, o que já podem trazer algumas respostas a estas indagações, contudo todas estas colocações foram feitas para ingressar na contextualização dos direitos relacionados ao desvio e acúmulo de função, relacionando-os ao que vem expresso junto à Declaração Universal dos Direitos do Homem e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Desperta-se, assim, a situação em concreto para, com isso, já criar uma noção dos anseios ou, em outros termos, das respostas necessárias à correção das distorções atravessadas.

Busca-se, assim, também na Declaração Universal dos Direitos do Homem algo que ampare o foco desta pesquisa. Muito embora a Declaração não trate das adversidades de uma maneira mais prática e direta, deve-se reconhecer que ela vincula o Estado brasileiro às noções mais básicas de respeito à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz os seguintes preceitos em relação ao trabalho humano:

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, como se verifica, não adentrou em minúcias no tocante às prerrogativas dos seres humanos, porém propiciou um texto com bastante riqueza de conteúdo valorativo, mesmo sem pormenores. Da mesma forma, de forma

reflexa, o fez ao cuidar dos direitos do trabalhador. Portanto, não há em Direitos Humanos uma previsão específica dos mecanismos ou instrumentos de proteção em face das figuras do desvio e do acúmulo de função, mas sim apenas um direcionamento de proteção aos aspectos objetivos da relação de trabalho, sob a luz da dignidade do trabalhador.

Introduzindo a Declaração Universal dos Direitos do Homem à abordagem dos objetos desvio de função e acúmulo de função, destaca-se o parágrafo 1 do artigo XXIII, no qual foi colocado que, ao trabalhador, são devidas condições justas e favoráveis de trabalho. Como isso poderia ser compreendido nesta temática? O artigo, quando da menção às condições justas e favoráveis ao trabalho, houve por demonstrar a necessidade de equilíbrio e justiça nas relações de trabalho, de forma que o que foi pactuado deverá ser rigorosamente cumprido pelas partes.

O trabalhador, quando da apresentação para uma oferta de trabalho, mesmo que não tenha sido submetido a rigorosos testes de aprovação de ingresso no cargo, já costumeiramente expressa um nível do seu profissional, tanto em termos de seus atributos funcionais (grau de conhecimentos técnicos), bem como, anteriormente a tudo, quanto à modalidade específica de serviços que detém conhecimentos para realizar. Assim, a exigência posterior de prestação de serviços que respeitem esta previsibilidade funcional apresentada vai ao encontro das buscadas condições favoráveis e justas ao trabalho.

A situação acima carece, primeiramente, de justiça, pois, considerando o senso comum, não se mostra razoável exigir de alguém algo que o mesmo não tenha a dar. Em termos de trabalho ainda, considerando que o trabalhador dele depende para sua subsistência e de sua família, ao se sujeitar aos desmandes do empregador, se faz presente uma afronta à dignidade à pessoa humana, ponto onde queríamos chegar.

Em acréscimo ainda, o termo “condições favoráveis” de trabalho também pode receber uma interpretação tal como as condições justas de trabalho, uma vez que a exigência de prestação de tarefas que sejam compatíveis aos atributos do trabalhador favorece o contrato de trabalho no sentido de sua perpetuação. Afinal, ao trabalhador que somente é exigido o que possui condições de realizar, também incidirá repercussões em relação à continuidade do contrato de trabalho, ajuste com uma tendência de permanência no curso do tempo, fator de valia no contexto do Direito do Trabalho.

Neste momento, passa-se ao tratamento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no que é possível aproveitar quanto às figuras tratadas nesta dissertação. Primeiramente, contudo, colaciona-se a disposição do pacto quanto ao trabalho humano:

Artigo 7º

Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

1. Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores;
2. Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual;
3. Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
4. Condições de trabalho seguras e higiênicas;
5. Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade;
6. O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

O que se nota, desde logo, são os mesmos referenciais trazidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem no sentido de que o trabalho deve assegurar o advento tão somente de condições justas e favoráveis ao trabalhador, trilhando por um caminho de razoabilidade quanto a todas e quaisquer condições de trabalho propriamente ditas.

Não obstante,

enuncia o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à educação, o direito das crianças a não serem exploradas e o direito à participação na vida cultural da comunidade¹⁸⁸.

Lançada mais uma vez a ideia de proporcionalidade e simetria dos aspectos objetivos e subjetivos da relação entre “patrão” e “trabalhador”, resta concluir que o ordenamento jurídico internacional corrobora tudo aquilo que o Direito do Trabalho vem perquirindo desde os seus primeiros momentos de existência, qual seja, um idealismo que aguça por uma proteção diferenciada dos seus destinatários imediatos, os trabalhadores hipossuficientes.

No que diz respeito ao desvio e acúmulo de função, reporta-se às mesmas considerações atinentes à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por tal viés, o trabalhador seguirá atacado em seus atributos pessoais e profissionais quando do desvio de função eis que seu trabalho fugirá do âmbito de seus atributos profissionais e pessoais. Fala-se em pessoais, pois, quando os indivíduos escolhem uma profissão ou carreira, estão também entregando um crença pessoal neste “setor” de sua vida, o que não pode vir a ser distorcido

¹⁸⁸ Ibid., p. 193-194.

por quaisquer que sejam os motivos, sendo que nem mesmo a reparação financeira, acaso deferida em razão do desvio de função, poderá atenuar o abalo moral e psicológico sofridos.

No que tange ao acúmulo de função, a sobrecarga de trabalho repercutirá de forma desfavorável ao cumprimento até mesmo dos afazeres para os quais o trabalhador detém plena capacidade, pois não mais o realizará de forma prestimosa e útil aos interesses de ambas as partes. O caminho a evitar tais ocorrências nada mais é do que o efetivo cumprimento das condições justas e favoráveis ao trabalhador, por ora também preconizadas pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

3.1.3 Direitos da personalidade do trabalhador

Parece salutar abordar também os direitos de personalidade num foco das relações trabalhistas, ainda mais se lembrado que os pontos desta pesquisa, o desvio e o acúmulo de função, repercutem sobre a esfera da intimidade e, por consequência, da personalidade do empregado. O tema merece, desta forma, distinta abordagem frente aos demais pontos deste trabalho. Aliás, como afirma Nascimento¹⁸⁹,

os direitos de personalidade nas relações de trabalho destacam-se pelo seu significado, tendo em vista a defesa da dignidade do trabalhador. Há valores protegidos pela lei, como a personalidade e a atividade criativa, *tão importantes como outros direitos trabalhistas*, sem os quais ao trabalhador, como pessoa, não estariam sendo prestadas garantias quanto a todo ser humano, muitas se confundindo com os Direitos Humanos fundamentais, outras com os direitos de personalidade, tendo todas características peculiares em função do pressupostos que as justifica: a relação de emprego (grifo nosso).

Pode ser compreendido do trecho doutrinário acima colacionado que os direitos trabalhistas atrelados mais ao aspecto objetivo da relação, tais como, remuneração, gozo de férias, jornada de trabalho, entre diversos outros, são aqueles que mais despontam discussão, até mesmo em sede doutrinária, bem como importam na maioria dos objetos das lides trabalhistas. A razão disso se dá em virtude de que tais aspectos delineiam o caráter econômico e financeiro das relações de trabalho, o que não pode ser criticado em virtude das dificultosas condições econômicas e financeiras que apresentam a classe trabalhadora, se bem que, hodiernamente, se está diante de um governo que prima por uma política social, o que vem refletindo na melhoria de vida dos mais pobres.

Em continuidade, ao se dizer que os direitos de personalidade são tão importantes quanto os demais direitos, se faz presente o intuito de se atentarem os estudiosos e operadores

¹⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 716.

do Direito do Trabalho quanto à premente necessidade de focar a protetividade do trabalhador não tão somente ao quanto ele é remunerado mensalmente ou se ele faz horas extras e não as recebe, por exemplo, mas sim entender que o contrato de emprego traz também uma universalidade de direitos e obrigações, nos quais deve ser incluída a proteção à dignidade psicológica do empregado, que pode ser entendida como a necessidade de proteção de seus direitos de personalidade.

A ideia de proteção aos direitos da personalidade do ser humano representa algo próprio e inerente à sua natureza que irradiam direitos fundamentais ao seu pleno desenvolvimento e necessários à preservação dos seus aspectos físico, psíquico, moral e intelectual. Violados quaisquer direitos da personalidade do trabalhador, estar-se-á violando a sua dignidade¹⁹⁰.

Um ponto que pode ser destacado, neste particular, é que, agora de forma clara e expressa, a Constituição Federal destinou à Justiça do Trabalho a competência material de analisar, pacificar e julgar o dano moral decorrente da relação de trabalho, o que já ocorria anteriormente à Reforma do Judiciário, mas que não deixa de ser um avanço considerando a magnitude das normas constitucionais, ainda mais quando postas de forma expressa, clara e em sua modalidade de eficácia plena.

Neste viés de direitos trabalhistas personalíssimos, pode ser destacado o direito comparado, pois em situação de bom avanço em comparação à lei brasileira.

O Código de Portugal (2003), inovador nessa matéria, é um avanço a ser seguido pela nossa CLT, dando aos direitos de personalidade, em sentido específico, *voltados para a relação de trabalho*, um destaque coincidente com sua importância no período contemporâneo, sua ampliação do Direito Civil para o trabalhista, e a sensibilidade para ver que, mais que no Direito Civil, *esses direitos justificam-se inteiramente no Direito do Trabalho, que, desse modo, sobre eles não pode silenciar*. (grifo nosso)¹⁹¹.

Pode ser compreendido, pelo trecho acima, que, embora o Direito do Trabalho tenha alicerce no direito comum civilista em determinados aspectos, entre os quais cabe destacar os artigos 186 e 927 do Código Civil com fulcro no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, seria oportuno que a proteção dos direitos extrapatrimoniais do trabalho guardasse alocação própria na legislação do trabalho com efeito de promover uma melhor elucidação das vertentes e problemáticas dos direitos personalíssimos nesta relação tão específica num contexto geral da contratualidade. Enfim, a lei no Brasil ainda pode avançar em muito neste aspecto, o que pode se dar tanto no próprio corpo da Consolidação das Leis do Trabalho como por meio de legislações esparsas. Um exemplo disso é a proibição de prática de atos de

¹⁹⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de... Op. Cit., p. 73.

¹⁹¹ Ibid., p. 717-718.

discriminação na fase de pré-contrato, artigo de lei já apontado nesta pesquisa para outros efeitos.

Assim, como já dito, serão trazidos alguns pontos relacionados ao direito comparado, não de forma exaustiva, mas sim apenas exemplificativa.

No Código Português, está previsto o reconhecimento, em âmbito empresarial, a liberdade de expressão e de divulgação de pensamento e opinião com respeito aos direitos de personalidade do trabalhador e empregador; dever de respeito a tais direitos por ambas as partes; direito à reserva da intimidade da vida privada (notadamente vida familiar, sexual e afetiva de um modo geral); direito à integridade física e moral; proibição, para o empregador, da utilização dos meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do empregado, salvo na hipótese de utilização de instrumento como tal a fim de mera proteção e segurança do trabalhador; direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego; vedação de práticas de discriminação, entre muitas outras condutas impostas¹⁹².

Tudo o que trouxe o Código Português, sem dúvida, denota um sentimento evidente de proteção à esfera de direitos personalíssimos do empregado e, através disso, entende-se que a legislação trabalhista brasileira ainda pode evoluir. Não que a ausência de dispositivos legais seja a principal responsável pela prática de abusos quanto a tais direitos, mas o fato de existir um direito positivo que trate, indo diretamente ao ponto, de determinados aspectos subjetivos, deixa assinalado que o Estado está mais atento com a implementação de uma política de respeitabilidade no contexto do contrato de emprego.

Ainda em correspondência ao Código Português, cabe elencar que o Código Civil Brasileiro, em seus artigos 11 ao 21, trata dos direitos de personalidade, ditando, uma vez que necessário frente a sua relevância na conduções gerais da vida em sociedade (foco do Direito do Civil), acerca de seu caráter de indisponibilidade e irrenunciabilidade. Daí que, mais uma vez citando o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, as disposições pertinentes ao direito comum são plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho, tanto quanto à medida como em relação ao conteúdo¹⁹³.

Assim, fica o registro da importância da obediência aos direitos de personalidade no âmbito do contrato de trabalho, afinal, um trabalhador dignificado, não privilegiado, poderá melhor despender esforços para seu crescimento profissional e material.

¹⁹² Ibid., p. 717-720.

¹⁹³ Ibid., p. 721.

Pode-se bem compreender, por fim, que os Direitos Humanos do trabalhador, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, construíram um amparo à formação de pensamento e positividade dos direitos de personalidade do trabalhador.

3.1.4 Função social do contrato de trabalho

Aproveitando o ensejo do foco humanista trazido pelos apontamentos em sede de direitos personalíssimos, não se poderia deixar de trazer algumas concepções sobre a *função social do contrato de trabalho*, instituto este que dispensaria quaisquer argumentações eis que implícito em qualquer assunto que trate de Direito do Trabalho.

A sistemática de protetividade do trabalhador, de certa forma sempre somada às tentativas de sua inserção do operário na sociedade (ainda mais quando já situado no sistema capitalista de economia mundial, o que traz vantagens àqueles que mais auferem no mercado de trabalho) traz ao contrato de trabalho uma conotação eminentemente social. E desta forma sempre foi, desde a Revolução Industrial (fase na qual se iniciou a busca por melhores condições de vida) até hoje. O que pode ser confrontando, contudo, é que, à época da Revolução Industrial tentava-se, prioritariamente, sobreviver frente às condições e remunerações do trabalho. Já na sociedade em que se vive atualmente, a busca do trabalhador é por uma evolução social no que diz respeito à melhoria de vida. Assim, o progresso foi nítido.

Sobre Direitos Sociais, é reconhecido que sua origem se confunde com a própria história do Direito do Trabalho. Os Direitos Sociais, ao lado dos Econômicos e Culturais, compõe o que T. H. Marshall denomina de cidadania social e econômica que, por sua vez, pode ser compreendida como uma nova dimensão da cidadania no campo do trabalho e do mercado¹⁹⁴.

Silva¹⁹⁵ leciona que os direitos sociais aparecem como uma nova dimensão dos direitos fundamentais, assim dispondo:

São prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a *igualização* de situações social desiguais. *São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade*. Valem como pressupostos do gozo dos direitos materiais individuais na medida em que

¹⁹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 38-39.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 258.

criam condições materiais mais propícias *ao auferimento da igualdade real*, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A atenção que pode ser dada ao trecho acima colacionado é no sentido de que o Estado, na condição de também responsável social por seus administrados, está à frente da realização das intituladas doutrinariamente prestações positivas estatais que visem à igualização dos seus governados. A Constituição Federal de 1988 assim dispôs, contudo, muitos dos direitos lá determinados como essenciais aos cidadãos dependem ainda de uma regulamentação específica. De toda forma, este pode ser considerado um notável avanço no campo do direito social brasileiro:

CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

Dentre inúmeros Direitos Sociais do trabalhador, descritos precisamente pelo artigo 7º, destaca-se a relação de trabalho protegida da dispensa arbitrária, o salário mínimo, a irredutibilidade salarial, a aposentadoria, a valoração da entidade sindical com o reconhecimento do acordo e da convenção coletiva de trabalho. Enfim, tal exemplificação já esboça qual a ideia da condição social que pretende o Estado entregar ao trabalhador, cumprindo, dessa forma, algumas das prestações de caráter positivo indicadas há pouco.

[...] o Direito do Trabalho deve ter em conta a consecução dos interesses da pessoa humana e não apenas a proteção do seu patrimônio, objetivando a concretização de situações econômicas e sociais que lhe permitam a realização plena de seus anseios, sonhos e objetivos, devidamente fomentados e assegurados pelo Estado, como, por exemplo, na equalização das oportunidades de trabalho e de educação. Deve-se, portanto, buscar a materialização do princípio da função social do contrato de trabalho¹⁹⁶.

Como se depreende do artigo acima, a função social do contrato de trabalho permite ao contrato materializar-se sob a forma de instrumento de progresso social, bem como a estabilização da situação do indivíduo trabalhador no meio profissional em que convive. Através do trabalho, o empregado ingressa numa rede de contatos que o oportunizará uma

¹⁹⁶ SILVA, Guilherme Oliveira Castanho da. **Função social do contrato de trabalho como limite no ato de extinção contratual pelo empregador.** Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/guilherme_castanho_silva/guilherme_castanho_silva_funcao_social_contrato.pdf>. Acesso em: 30 set. 2008 apud JUGEND, Débora... Op. Cit. p. 20.

flexibilidade no mercado em que atua, ou seja, o contrato de trabalho leva não somente às conquistas dos direitos economicamente apreciáveis, a como também uma familiarização com o relevo de segmento no qual o operário foi inserido em função unicamente de ter trabalhado.

Doutrinariamente, coadunando com o texto constitucional, há uma classificação dos Direitos Sociais alocados no texto constitucional, nos termos que seguem: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à segurança, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente¹⁹⁷.

Tratando do sentimento do “bem comum”, uma das finalidades do Direito, notadamente na área administrativa, mas que também se apresenta na temática dos direitos sociais sob o viés do trabalho como construtor de uma sociedade melhor em que predomine o bem comum. A propósito, ainda, tem-se que a expressão *felicidade* possui um viés social, merecendo alusão. Neste sentido, Zangrando¹⁹⁸ traz o trecho abaixo:

O bem individual, desejado por todo membro de uma comunidade é, sem dúvida, a própria felicidade. Mas a felicidade social total só é alcançável mediante a aquisição de um estado de consciência plenamente satisfeita, pelo saciamento de todas as necessidades. Daí que apenas o bem universal seria capaz de saciar todas as necessidades individuais. O bem é tanto mais bem quanto o for para mais indivíduos.

Por esta lição, pode-se empreender a dimensão e a amplitude da distribuição dos direitos em sua ordem social para que, através disto, aqueles que mais dependam da atuação do Estado possam vislumbrar um patamar de felicidade individual, o que vai ao encontro aos anseios e buscas engrandecidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todavia nem sempre cristalizados.

Assim, considerando o rol de direitos dados ao cidadão em virtude do seu contrato de trabalho, faz parecer que o contrato de trabalho também funciona como instrumento de integração do trabalhador na sociedade em que convive. Se de lá retira seu sustento e demais ganhos que determinam sua posição na sociedade, sejam eles apreciáveis economicamente ou não, pode-se bem compreender e também tratar o contrato de trabalho como uma prerrogativa social que, exercida em conformidade às diretrizes traçadas pelo Estado social, faz por trazer à figura do trabalhador não mais o singelo estado de sobrevivência, como perquirido à época da Revolução Industrial, mas um estado de elevação de sua dignidade humana.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da... Op. Cit., p. 44.

¹⁹⁸ ZANGRANDO, Carlos.. Op. Cit., p. 231.

O desenvolvimento do sistema capitalista e a subsequente elevação da complexidade social impôs, gradativamente, ao Estado a função de produzir uma legislação que passa a ter a condição de principal fonte do Direito. Esta codificação surge em virtude de um duplo imperativo socioeconômico. O primeiro calcado na imperiosidade de garantir a segurança das expectativas a atender, dessa maneira, às necessidades do cálculo econômico racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo tratava de fornecer ao Estado, através de lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social, tanto para possibilitar o financiamento e a concentração industrial, quanto para dar cobertura às necessidades a longo prazo do sistema, atribuindo-se-lhe a função de prestador de serviços básicos. Portanto, realçou o papel do Direito como instrumento de gestão e comando da sociedade¹⁹⁹.

Dadas estas considerações, há certa conotação social do Estado, que se mostra cristalizada através da elaboração de normas jurídicas de caráter de sociabilidade e de políticas públicas de promoção e de elevação do bem-estar social. Nesta seara, encontram-se os direitos sociais, entre os quais se destacam os atinentes ao trabalho. Os operários necessitam deste abrigo estatal a assegurar sua condição mínima de dignidade frente às adversidades do sistema capitalista.

3.2 Bens Jurídicos Afetados pelo Desvio e Acúmulo de Funções

Assim chega-se ao estudo dos bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, que podem vir a ser transgredidos pelas figuras do desvio e do acúmulo funcional. Antes, entende-se como adequado colocar que a principal fonte do desvio e do acúmulo é o poder diretivo do empregador, sobre o qual se debruçará para um melhor entendimento dos objetos tratados nesta pesquisa.

Poder diretivo do empregador é aquele que torna empregador o condutor da atividade prestada pelo empregado, é o que vem a justificar toda a estrutura hierárquica do contrato de trabalho. Ao passo que o empregador detém uma substancial liberdade de estabelecer as regras do ajuste, torna-se capaz também de deturpar, infortunadamente, as condições previamente estabelecidas, bem como de alterar as “regras do jogo” como melhor lhe convier. Não que esta liberdade seja ilegítima, mas ela se torna um problema na vida do trabalhador quando exercida de forma abusiva, ilegal ou desproporcional, como qualquer outra liberdade.

Não é exagero afirmar que a limitação jurídica do poder diretivo do empregador, bem como a disciplina das condições de eficácias das alterações contratuais, constituem os dois principais alicerces da proteção do trabalhador no exercício de sua autonomia negocial. Seja tratando o emprego

¹⁹⁹ POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete. **Gramática dos Direitos Fundamentais**: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 139.

como espécie de contrato, seja qualificando-o como de relação jurídica legalmente tutelada, a dinâmica do vínculo é sempre pautada pelos limites com que o sistema jurídico confere: 1) poder do empregador; e 2) direito de resistência do empregado. Isso se explica por um predicado que está na origem e na razão de ser do Direito do Trabalho: conferir limites a sujeitos que se vinculam por uma relação que o próprio sistema jurídico reconhece como essencialmente assimétrica, na qual um tem legalmente reconhecido o *poder de mando*, e outro legalmente exigível o *dever de obediência* (grifo nosso)²⁰⁰.

Trabalhando a ideia posta pelo autor do trecho acima transcrito, ratifica-se o que foi dito anteriormente no sentido de que o empregador, ao deter o poder de mando sobre o empregado, atrai para si uma responsabilidade sobre a figura do trabalhador. A noção de contrato, fonte de obrigações a ambas as partes, mesmo sob o viés do poder diretivo do empregador, obriga a figura do empregador a diversas regras, a principal sendo a de dever de definição razoável da medida daquilo que poderá exigir do empregado, ou seja, não trata-se de via de mão única, mesmo quando se fala de poder de comando: o empregado tem que obedecer às regras impostas, enquanto que surge ao empregador a obrigação de agir dentro das limitações legais e, na falta delas, administrar o contrato de trabalho com ponderação em suas determinações, sob pena de violação aos princípios gerais do Direito do Trabalho.

Chama-se atenção mais uma vez ao artigo 447 da Consolidação das Leis do Trabalho, bastante oportuno a esta discussão, o qual estabelece que "na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados a sua legitimidade". Tal preceito, em relação ao poder diretivo do empregado, impõe aos detentores de mão-de-obra uma conduta de obediência às noções de legitimidade das cláusulas contratuais. Em suma, todo direito deve ser exercido com suas limitações, sem violação aos direitos do próximo, filosofia esta que é um dos maiores assentos da ordem jurídica.

Fecha-se a questão alusiva ao poder diretivo através do seguinte trecho doutrinário, que traz uma visão já esboçada pelas considerações anteriores. Tais considerações não retratam apenas uma abordagem conceitual e formal do poder diretivo ligada às funções exercidas pelo empregado, como também esclarece o sentimento que merece destaque neste trabalho: o trabalhador não pode, indistintamente, acatar a todas as ordens do empregador.

A principal característica da relação de emprego é a subordinação do empregado, que genericamente consiste no estado de sujeição que o mesmo

²⁰⁰ FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Poder Diretivo, Alterações Contratuais e Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos no âmbito das relações de trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito Individual do Trabalho**: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 25-26.

se encontra em relação às ordens do empregador. *Isto não significa, porém, que o empregado esteja obrigado a prestar qualquer serviço e a obedecer todas as ordens que sejam dadas por aqueles.* (grifo nosso)²⁰¹.

Trazidas estas considerações do poder diretivo, adentra-se também ao estudo das funções dos empregados propriamente ditas, mesmo porque, uma vez lesado o trabalho quanto à especificidade e à quantidade dos seus afazeres, a própria função em si resta abalada.

Como ventilado anteriormente, seria ideal que as funções do trabalhador pudessem ser determinadas de forma específica e exata. A ordem jurídica e até mesmo a sociedade atual assim não o permitiram. Quanto à lei, no tocante ao parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, já se reforçou que somente foi determinado que o empregado cumprisse com aquilo que fosse compatível a sua condição pessoal, deixando o legislador à figura do juiz a missão de aferir o que pode vir a ser considerado fora deste contexto de atribuições profissionais e até mesmo pessoais, eis que todo trabalhador, inegavelmente, também faz uma entrega de seus valores particulares.

Ao se tutelar institutos como o desvio e o acúmulo de função, antes de se ter em vista o bem jurídico individual atingido, deve-se considerar que, no Estado Democrático de Direito, há uma busca constante de manutenção de uma ordem social justa. A ausência de critérios específicos dificulta este processo. Assim, há uma justificativa de ordem social favorável à previsão de melhores critérios, que seguirá agora tratada.

O assunto é rico mesmo diante de sua inércia legal em diversos aspectos pontuais. Em contraposição a isto, porém tentando enriquecer o tema mesmo em sede legal, enuncia-se o artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual prevê, de uma forma bem generalista, um dos preceitos que corroboram um caminhar para o equilíbrio das relações de trabalho e, como consequência, pode ser aplicado aos casos de desvio e acúmulo funcional adequada e oportunamente: "a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo". Se é buscada justiça nas relações de trabalho, em verdade, postula-se a garantia de mais um aspecto da ordem social justa.

Tratando, enfim, dos objetos jurídicos que venham a ser tutelados em face do desvio e do acúmulo de função, traça-se uma abordagem de cunho social, com foco no mercado de trabalho, de forma hábil a rememorar que as leis são criadas em vistas das necessidades das comunidades, buscando o atendimento da pacificação e do atingimento do bem comum.

Imagine-se, então, a questão de uma forma bastante prática a proporcionar uma boa compreensão do estudo neste particular. Quando é feito um anúncio de contratação de

²⁰¹ ROMAR, Carla Teresa Martins... Op. Cit., p. 123.

empregado, como conseguir realizar uma seleção se este vier a trazer um vasto rol de atribuições (não que isso não exista, apenas não é a regra), debruçando em minúcias das funções a serem exercidas? Sob o ponto de vista do candidato ao empregado, ele ficaria totalmente desestimulado a tentar tal vaga e, com isso, uma opção a menos para quem está desempregado ou para quem trabalha e pretende uma nova colocação profissional. Pelo lado do empregador, o mesmo, além de não alcançar uma boa e salutar variedade de opções de contratação, ainda estaria arriscado a ser ludibriado por aqueles que viessem a se comprometer quanto a certas tarefas quando, em verdade, apenas confirmou o conhecimento das mesmas para conquistar o empregador. Enfim, tudo isto iria de encontro ao Direito do Trabalho.

Por esta perspectiva, pode-se compreender como um dos motivos pelos quais o legislador optou pela redação do parágrafo único do artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho: quis *melhor oportunizar o ingresso ao contrato de trabalho, feito sem muitos obstáculos*, o que não pode ser descartado. Pode-se também enxergar que a própria concorrência a uma vaga de emprego já é um desafio em si.

Outro entendimento poderia ser que a própria lei trabalhista não poderia “criar” uma numerosa lista de exigências à ocupação de uma determinada função ou outra, correndo risco de desamparar o trabalhador.

Enfim, todas as justificativas, para a ausência de um norte legal que venha a contemplar um favorecimento ao trabalhador, são bem recebidas por aqueles que atuam em prol do equilíbrio do contrato de trabalho, em especial o Poder Judiciário Trabalhista, ao qual restou o encargo de decisão dos conflitos neste sentido quase por completamente.

Em continuidade, pode-se citar a *única* hipótese de legislação que veio a tratar do acúmulo de função, contudo somente em relação à profissão dos radialistas que, por muitas vezes, vem sido aplicada, em sede de analogia, aos demais casos em que fica comprovado o acúmulo de função, qual seja a Lei n. 6.615/78, em seu artigo 13. Frisa-se, por oportuno, que, em relação ao desvio de função, não há outra previsão legal que não o artigo 456, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei n. 6.615 de 16 de dezembro de 1978

Dispõe sobre a regulamentação da profissão de Radialista e dá outras providências.

Art. 13. Na hipótese de exercício de funções acumuladas dentro de um mesmo setor em que se desdobram as atividades mencionadas no art. 4º, será assegurado ao Radialista um adicional mínimo de:

I - 40% (quarenta por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência igual ou superior a 10

(dez) quilowatts e, nas empresas equiparadas segundo o parágrafo único do art. 3º;

II - 20% (vinte por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência inferior a 10 (dez) quilowatts e, superior a 1 (um) quilowatt;

III - 10% (dez por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência igual ou inferior a 1 (um) quilowatt.

Percebe-se, desde as próprias menções desta lei, a especificidade por ela contemplada, o que vem a repercutir, de forma predominante, em sua rejeição de aplicabilidade quando em casos não ligados à profissão dos radialistas, não apenas pela especificidade da lei, mas também em vista da inexistência de legislação geral tipificadora da hipótese do acúmulo de função. Todavia, ao juiz, uma vez convencido do acúmulo, pode-se considerar como uma boa alternativa para análise e consequente embasamento legal. A analogia é instituto consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, a respeito do qual pode-se destacar o abrigo dado pela Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 8º, *caput*:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por *analogia*, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifo nosso).

Assim, diante destas observações, pode-se ingressar ao estudo dos objetos tutelados pelo Direito do Trabalho quando as temáticas giram em torno do desvio e do acúmulo de função. Para tanto, a jurisprudência é destaque, uma vez que reflete a aplicação de todos os preceitos de lei, sempre aliados ao crivo judicial, resultando na melhor fórmula de resolução dos conflitos nesta seara.

DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. Constatado que o empregado, contratado para exercer determinada função, passou a executar tarefas afetas a outra, são devidas as diferenças salariais bem como a alteração da CTPS obreira, fazendo constar a remuneração e a função efetivamente exercida, providência que se impõe em razão do princípio da primazia da realidade²⁰².

Neste primeiro julgado, percebe-se a proteção do patrimônio do empregado que passou a desempenhar função diversa para a qual foi contratada, recebendo aquém numa ordem de comparação entre a função formalizada pelo contrato de trabalho e a realmente exercida. Uma vez reconhecido o exercício de função diversa daquela para a qual foi

²⁰² TRT-18 - Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **Processo n. 1688200710118006 GO 01688-2007-101-18-00-6.** Relator: Ialba Luza Guimarães Mello. Goiânia, 05 de março de 2008.

contratado, acarretando prejuízos ao trabalhador, restaram providas as diferenças salariais em relação à função real, com reflexos nas demais parcelas (férias, décimo-terceiro salário, depósitos fundiários); até mesmo suas contribuições ao INSS sofrerão majoração. A própria anotação em CTPS também denota a busca pela primazia da realidade nos contratos de trabalho, documento que poderá trazer serventia ao empregado no sentido de comprovar sua atuação numa dada função em determinado contrato. No caso em apreço, destaca-se uma proteção de ordem econômica, com vistas à não prejudicialidade do trabalhador frente a uma situação de contraprestação não equivalente aos seus préstimos.

Traz-se, agora, alguns julgados que bem abordaram a questão relativa ao acúmulo de funções.

ACÚMULO DE FUNÇÕES. CARACTERIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. ARTS. 818 DA CLT E 333,I DO CPC. Para que reste caracterizado o acúmulo de funções e o respectivo direito a diferenças salariais é necessário que a função acrescida imponha ao obreiro maior responsabilidade pessoal e funcional, e que enseje exigência de maior capacitação técnica. É do obreiro o ônus de comprovar o acúmulo de funções, encargo do qual não se desincumbiu. Recurso ao qual se nega provimento²⁰³.

No primeiro caso, foi efetuada remissão à proteção à remuneração congruente ao trabalho prestado, mesmo raciocínio jurídico aplicado ao desvio de função, inclusive reportando-se ao julgado anterior, ou seja, o bem tutelado, em regra, consiste no pagamento justo do trabalho prestado. Como se vê, o Direito do Trabalho também exige que o obreiro cumpra seu papel probante de suas alegações, afinal, as situações que fujam à normalidade devem ser provadas como, por exemplo, horas extras. Por este norte, nota-se o amparo às condições justas de trabalho, momento em que se reporta aos dizeres da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Social de Direito Sociais, Econômicos e Culturais.

E, por fim, uma vez indicada a legislação do radialista, por muitas vezes notada a outros empregados, tem-se a decisão abaixo:

ACÚMULO DE FUNÇÕES - CABIMENTO A FIXAÇÃO DE ADICIONAL - O contrato de trabalho é sinalagmático, caracterizando-se pela reciprocidade entre as obrigações contratuais. Deve haver um equilíbrio entre as prestações, sob pena de se causar o enriquecimento ilícito do empregador. Outrossim, devem ser observados os princípios da boa-fé contratual e da equivalência das prestações. O exercício de tarefas alheias àquelas inerentes à função do empregado deve ser remunerado, consoante disposto nos artigos 884 e 422 do Código Civil. Hipótese em que, nos termos do art. 8º da CLT, é aplicável, por analogia, o art. 13 da Lei n. 6.615/78, que prevê o direito ao recebimento de adicional de acúmulo de funções de 10%,

²⁰³ TRT-23 - Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Recurso Ordinário n. 3235201110623005 MT 03235.2011.106.23.00-5**. Relator: Osmair Couto. Cuiabá, 28 de agosto de 2012.

20% ou 40%, para o radialista, conforme os critérios definidos em lei. Cabe ao magistrado, com base no princípio da razoabilidade, e considerando os elementos probatórios de cada caso concreto, fixar o adicional²⁰⁴.

A busca pelo equilíbrio das relações, pelo pagamento equânime dos serviços prestados, pela consolidação do princípio da isonomia é o que se pode extrair do julgado acima, entre outros fatores que sobrelevam a igualdade entre os indivíduos. Neste sentido, mesmo pautando por critérios de aplicação analógica da legislação do radialista, concedeu-se ao empregado o direito às diferenças salariais decorrentes do acúmulo de função. Ainda ponderou ao magistrado o poder de fixação do valor do adicional, crivo de persuasão judicial alicerçado à Justiça do Trabalho, seguindo a mesma linha do legislador quando da elaboração do artigo 456, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho.

A dignidade do trabalhador, sobretudo, é o maior bem a ser tutelado pelo Direito do Trabalho face ao desvio e ao acúmulo funcional. O trabalhador, quando alocado ou desvirtuado em função diversa daquela para a qual foi contratado, sente-se abalado psicologicamente, pois não acredita, intuitivamente, que não corresponderá às expectativas do ajuste, levando-o a crer, inclusive, na provável rescisão do contrato de trabalho por esta prestação do “novo” serviço a descontento.

Usualmente o empregado é contratado por apresentar conhecimentos e aptidões numa dada função de dada área do mercado de trabalho, sendo que tais habilidades guardam também ligação à personalidade e à intimidade do trabalhador eis que a escolha pelo exercício da profissão é livre, constituindo direito personalíssimo.

Mesmo sob o ângulo da necessidade em “trabalhar” por mera sobrevivência pessoal e familiar, sem considerar critérios de escolhas pessoais (vocação, pode-se dizer), tem-se que o trabalhador, pela maioria das hipóteses, busca um trabalho de que já tenha alguma aptidão para fazê-lo, independentemente, assim, de qual foi a origem dessa aptidão. Não pretende o operário aventurar-se numa situação potencialmente fadada ao insucesso e, assim, idealiza que estará a realizar somente as funções compatíveis com suas habilidades.

Pode-se colocar também a ofensa à honra objetiva no próprio círculo de trabalho, no qual, vivenciada a situação de desvio, o empregado sente-se desprestigiado perante seus colegas de ofício.

No que tange ao acúmulo de função, muito embora o trabalhador não deixe de trabalhar nas funções que lhe são compatíveis, diversamente do quadro apresentado acima, a

²⁰⁴ TRT-2 - Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 125200847102004 SP 00125-2008-471-02-00-4**. Relatora: Ivani Contini Bramante. São Paulo, 01 de dezembro de 2009.

sobrecarga de funções o prejudica no exercício de sua função principal, o que leva ao descrédito de sua valorização profissional, desencadeando um abalo de ordem íntima. Nestas situações ainda, o empregador, ao exigir este excesso de funções, normalmente não compreende que a função primordial, caso não prestada da forma como entende conveniente, não vem decorrendo do acúmulo, mas sim de uma incompetência técnica do empregado. Neste âmbito de incidência do acúmulo, a probabilidade do dano moral também é robusta.

A atitude do homem perante o trabalho, a sua motivação, sua satisfação ou insatisfação, sua disposição são fatores que influem no seu rendimento, no seu sucesso e na sua carreira e, também, de modo negativo, podem predispor-lo a algumas doenças cuja causa é não apenas objetiva, mas tem um fundo psicológico que, se não as determina, concorre para que se agravem, levando as empresas a dispensar uma atenção maior para as reações emocionais dos seus empregados, para a prática de exercícios destinados à sua descontração física e mental e para o induzimento a fim de que o seu entusiasmo não pereça²⁰⁵.

A tutela ao bem jurídico “dignidade do trabalhador” desponta como a mais relevante assistência proporcionada pelo Direito do Trabalho. O ensinamento dado pelo texto acima enfatiza a necessidade da empresa, da figura patronal de uma forma geral, em enxergar o trabalhador não como um instrumento de progresso econômico, mas, sobretudo, considerá-lo como ser humano e, assim, adotar uma postura de respeitabilidade e efetividade dos Direitos Humanos inerentes à sua figura.

Zangrando²⁰⁶ traz seu entendimento quanto à ingerência do Direito do Trabalho junto à perspectiva social do trabalhador:

O Direito do Trabalho é, das ciências jurídicas, umas das que mais se aproximam do ser humano, pois de sua exploração trata, com isso expressando e sendo expressão dos mais básicos conceitos modernos da dignidade humana. Aliás, dignificar o trabalho, e emancipar o trabalhador é a missão do juslaboralismo do século XXI. No entanto, é mister salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana não se confunde com o princípio da proteção, pois é superior a ele. A dignidade humana é uma proteção existencial, verificável em diversos âmbitos, mais notadamente, na liberdade de cada um.

Com isso, embora se tenha noção da magnitude de importância do princípio protetor do Direito do Trabalho, o qual ainda difunde outros valores por uso dos outros princípios, a máxima do princípio da dignidade da pessoa humana sempre estará avante em relação aos outros conceitos de proteção do trabalhador e até mesmo à própria condição de ser humano,

²⁰⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...** Op. Cit., p. 309.

²⁰⁶ ZANGRANDO, Carlos... Op. Cit., p. 185-186.

pois do princípio da dignidade irradiam todos os elementos conceituais nos quais se debruçam as garantias que dele decorrem.

É possível considerar algumas características dos direitos de personalidade do trabalhador, os quais permitem a compreensão melhor do alcance dos mesmos frente às situações em que tais direitos são clamados à incidência. Possuem estes direitos o caráter de absoluto e de ilimitado. Absoluto pois opostos *erga omnes*, o que enseja um dever de respeito e abstenção pela coletividade. No que tange ao atributo da ilimitação, é justificável pelo rol não taxativo de direitos. São também direitos inatos ou originários, uma vez que são outorgados a todas as pessoas pelo mero fato de existirem, como também por acompanharem-nas até sua morte. Apresentam também o caráter da imprescritibilidade por existirem independente da vontade humana e o seu desuso não excluir a sua fruição. Os direitos de personalidade do trabalhador também são inalienáveis, não podendo ser dispostos por seu titular, sem caráter patrimonial. Também são considerados intransmissíveis ou intransferíveis, ou seja, inseparáveis de seu titular. Quanto aos objetos jurídicos passíveis de proteção, isto é, o alvo da tutela jurídica de proteção, estão: o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à imagem e o direito à honra²⁰⁷.

Em que pese a relevância dos objetos intimidade, vida privada e imagem, efetua-se alusão ao direito à honra, eis que, de certa forma, o mesmo já engloba aqueles outros objetos protegidos pelas tutelas competentes.

O direito à honra (evidentemente em sua dimensão objetiva) importa no respeito à boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. Representa, assim, o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade, o bom nome, a reputação e a honorabilidade da pessoa²⁰⁸.

Pode-se, assim, extrair que o direito à honra, mesmo em sede das relações laborais, merece um tratamento de singularidade em vista da relevância que apresenta no cotidiano do trabalhador. Um operário, quando respeitado em seus valores morais e éticos, tendencialmente impenderá maiores forças à construção do seu ser profissional e, com isso, há evolução de sua situação perante o meio corporativo em que está alocado. Caso isto não venha a ocorrer, isto é, não havendo respeitabilidade à honra do trabalhador, abalada assim estará sua moralidade frente ao circuito em que convive, deixando-o mais suscetível às derrotas do mercado de trabalho. Por conseguinte, as consequências maléficas na vida pessoal também advirão.

²⁰⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de... Op. Cit., p. 104-128.

²⁰⁸ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009, p. 90 apud ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de... Op. Cit., p. 129

Trazidas estas considerações, o que desponta ao prestígio que merecem os direitos de personalidade do trabalhador, ingressa-se junto ao estudo da responsabilidade civil pelo cometimento de atos os quais venham a ferir tais prerrogativas a partir do próximo tópico.

3.3 Dano Moral no Desvio e Acúmulo de Função

3.3.1 Introdução à responsabilidade civil

O estudo da responsabilidade civil e seus desdobramentos em todos os outros ramos do universo jurídico, no qual inclui-se o Direito do Trabalho, traz à cena a perspectiva do dever de indenizar em virtude do cometimento de ato ilícito, sendo que este dever, de cunho obrigacional, sempre construído e corroborado pelos fatores determinantes do instituto da responsabilidade civil, levará ao transgressor um dever de indenizar aquele que veio a ser abalado em sua universalidade de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, perquirindo por uma recomposição dos danos, muito vezes num sentido de apenas atenuar o abalo na estrutura dos direitos juridicamente tuteláveis pela responsabilização civil, ainda mais quando se trata do dano moral, cerne desta pesquisa.

Conforme Gonçalves²⁰⁹, o instituto da responsabilidade civil, pela teoria clássica, assenta-se por três pressupostos: dano, culpa e relação de causalidade entre o fato culposo e o dano. Pelos primeiros momentos da história humana, bastava o dano a provocar uma reação imediata, instintiva e bruta do ofendido, num foco de vingança provada. Não havia regras ou limitações, aliás não havia nem mesmo o Direito.

Já num estágio mais evoluído, sob os auspícios de uma autoridade soberana, tornou-se proibido fazer justiça com as próprias mãos, constituindo um grande avanço na temática envolvida pela responsabilidade civil no que tange à proporcionalidade das reparações, uma vez que o homem, na ânsia de querer fazer valer seus direitos, não possui o conhecimento e discernimento necessários a fim de relativizar e quantificar razoavelmente a tutela necessária a fim de recompor os danos sofridos em decorrência de ato ilícito.

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. [...] O Direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românticas, estabeleceu nitidamente um princípio geral de responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos, como o direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); e a existência de uma culpa

²⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência²¹⁰.

Dadas estas colocações, tem-se que o Direito francês traçou um norte seguido até os dias atuais, principalmente no aspecto de distinção da responsabilidade penal da civil quando do cometimento de ato ilícito. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Civil são diversos do Direito Penal, dessa forma, o procedimento para cada espécie de responsabilização deve ser pautado por critérios próprios de aferição de responsabilidade e deveres decorrentes.

O desenvolvimento econômico, que veio a contribuir à multiplicação dos danos, contribuiu para o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas. A teoria que vem ganhando terreno é a do risco que, sem prejuízo da teoria da culpa, abrange várias hipóteses em que a sustentação das concepções tradicionais se revela insuficiente à proteção da vítima. A responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de um acidente de trabalho tem sempre direito a ser reparado pelos danos causados no ambiente de trabalho, havendo ou não culpa do empregador ou do próprio empregado. O patrão indeniza não por sua culpa, mas sim por ser o proprietário da estrutura operacional que deu causa ao acidente²¹¹.

Todavia, por outro viés de entendimento, a responsabilidade civil tem se fundamentado na ideia da culpa, mas, sendo esta insuficiente ao atendimento das imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos em que deve ocorrer a obrigação de reparar sem liame algum com o instituto da culpa. O Direito brasileiro, fiel à teoria subjetiva trazida pelo artigo 186 do Código Civil, prevê que para que haja responsabilização, é necessária a demonstração da culpa. A reparação tem como um dos pressupostos a prática de ato ilícito. Sem prova de que o agente não tem culpa, não persiste a obrigação em reparar. Todavia, por outros dispositivos e mesmo leis extravagantes, a responsabilidade objetiva é admitida, sendo aquela que independe de culpa do agente²¹². Neste diapasão, enuncia-se a responsabilidade objetiva do empregador frente aos atos de seus prepostos, apenas sendo assegurado o direito de regresso.

Para enxergarmos o fundamento da responsabilidade civil, devemos considerar que a sociedade democrática de direito é composta de homens livres que detém o livre-arbítrio para escolher os caminhos que pretendem trilhar em sua vida. Entre as opções possíveis, há inúmeras que não convém, porque são lesivas ao seu semelhante. A partir desta dialética, advém o princípio geral de direito de que a ninguém é permitido prejudicar outrem,

²¹⁰ Ibid., p. 48.

²¹¹ Ibid., p. 49.

²¹² Ibid., p. 49.

consubstanciado pela máxima romana *neminem laedere*, também chamada de *alterum nonm laedere*²¹³.

A proposta do instituto da responsabilidade civil pode ser compreendida por um viés do livre-arbítrio das pessoas capazes, pelo qual é dado ao homem o direito de suas escolhas, as quais poderão refletir favorável ou desfavoravelmente na esfera de direitos do próximo. E, em havendo culpa quanto aos eventos que causem prejuízos a terceiros, o instituto da responsabilidade civil é erigido a ponto de penalizar aquele que procedeu, mesmo que de forma involuntária ou voluntária, ao ensejar prejuízos de outrem.

3.3.2 Elementos de responsabilidade civil

A responsabilidade civil, para efeitos sua incidência, deve obediência ao atendimento de diversos pressupostos. Tais requisitos se dividem em quatro: ação ou omissão como infração a um dever de zelo e respeitabilidade aos direitos do próximo; culpa ou dolo do agente; a existência de um dano e, por último, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor, seja ela dolosa ou culposa, e o próprio dano verificado²¹⁴.

A ação ou omissão aparece como o primeiro requisito, constituindo como a própria causa do dano, afinal, o prejuízo, salvo nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, decorre de uma ação ou omissão humana. No entendimento de Diniz²¹⁵, a conduta é:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Por esta alusão, pode-se remeter à ideia de que os indivíduos, quando em suas plenas razões, são dotados de livre discernimento, os que os impulsiona a cometer atos lícitos e ilícitos. Caso venham a cometer atos que venham de encontro às disposições legais e que resultem prejuízos a terceiros, surge o dever de responsabilizar aquele que sofreu danos em sua esfera de direitos, estimados de forma patrimonial ou extrapatrimonial. Contudo, a responsabilização deverá sempre guardar equivalência ao ato cometido, no qual o indivíduo transgressor submeter-se-á a reparar apenas a parcela de prejuízo que tenha dado causa, à exata medida e efeitos advindos de seus atos.

²¹³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 98.

²¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto... Op. Cit., p. 66-67.

²¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

Quanto ao segundo requisito, a culpa, não há uma definição no ordenamento jurídico brasileiro. Para fins de caracterização do ato ilícito, há necessidade de culpa em dois sentidos. O primeiro se dá na hipótese de que a ação transgressora foi voluntária, contudo, o resultado de prejudicialidade ao terceiro não era esperando ou consentido pelo autor da ação ou omissão, que veio a tornar-se um agente de ato ilícito involuntariamente. Já a segunda modalidade de culpa consiste no dolo em que, em síntese, há intenção do resultado lesivo a outrem ou a assunção do risco de sua ocorrência, surgindo a necessidade de uma profícua análise de todas as nuances da conduta²¹⁶.

No que diz respeito à culpa involuntária pelos prejuízos, deve-se enunciar os institutos da imprudência, da negligência e da imperícia, correlatos a esta espécie de ato infracional, aproveitando-se a explicação, ainda, para efeitos da distinção destes institutos do ato doloso.

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrente de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz que houve culpa *stricto sensu*. O juízo de reprovação própria da culpa pode, pois, revestir-se de intensidade variável, correspondendo à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última a imprudência e a imperícia. Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los²¹⁷.

O ordenamento jurídico não poderia descuidar-se dos graus de culpa em sede de responsabilização civil, assim como o que ocorre no Direito Penal, no Direito Administrativo, entre outros ramos. A ausência do zelo, em relação às situações que possam ensejar riscos a outrem, não poderia deixar de ser capitulada como hipótese de responsabilidade civil, contudo, sob um tratamento diferenciado dos casos em que os agentes agem com ânimo de prejudicar alguém ou mesmo não despendem esforços a evitar riscos neste sentido.

Como terceiro pressuposto de reparação por ato ilícito, tem-se o próprio dano, o porquê, a fundamentação principal de todo o instituto da responsabilidade civil, do qual decorrerá o grau de prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do comportamento transgressor.

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurar o *status quo ante*, isto é, devolvendo-o ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em

²¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto... Op. Cit., p. 435-440.

²¹⁷ Ibid., p. 437.

forma de pagamento de indenização monetária. [...] Assim, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante²¹⁸.

A pretensão do ordenamento jurídico consiste mais em remediar as situações do que em tentar torná-las ao seu estado anterior à lesão ao bem jurídico, sendo que esta última pode se ser reconhecida até como pedido juridicamente impossível, causa extintiva de demandas judiciais sem ingresso ao mérito. Trata-se mais de medidas reparatórias por intermédio, em sua grande maioria, de pagamentos em forma de indenização pecuniária; por muitas vezes, ainda, podendo ser consideradas como um instrumento paliativo de “reconstrução” de algo que não pode mais ser resgatado, a depender da espécie de direito violado.

Esta problemática, consistente na impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, é tão inerente ao instituto da responsabilidade civil, que pode-se aproveitar a discussão para trazer à baila o julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça recentemente, onde restou, pela primeira vez no Brasil, concedido direito à reparação por abandono afetivo. O que destaca-se é que, mesmo em caso de violação de um dos direitos mais inerentes à dignidade da pessoa humana, qual seja o direito de proximidade à figura paterma, restou apenas ao Judiciário a conversão deste direito em verba pecuniária, o que, aliás, não poderia ser de outra forma, dada a medida das impossibilidades do Judiciário em tentar reparar as violações aos direitos do homem.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

²¹⁸ Ibid., p. 475.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido²¹⁹.

Como último requisito, tem-se o nexo de causalidade, pelo qual o dano causado deve estar relacionado à conduta do agente aclamado como ofensor, postura esta ativa ou omissiva, voluntária ou involuntária.

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O artigo 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem. O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor [...]²²⁰.

O dever de indenizar deve apresentar sua relação de causalidade com alguma ação ou omissão. A ligação entre o evento danoso e o prejuízo é considerada requisito imprescindível a fim de levar a reparações de ordem civil, sob pena de inexistir atribuição de quaisquer graus culpa ao agente tido como ofensor do direito tutelado.

3.3.3 Responsabilidade civil e Direito do Trabalho

A Reforma do Judiciário ratificou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir as controvérsias concernentes ao dano moral decorrente das relações de trabalho. Numa fase anterior, o entendimento jurisprudencial já encontrava-se pacificado no sentido de que caberia à Justiça Especializada Laboral a resolução dos embates havidos nesta seara. De toda forma, a inserção desta competência junto ao texto constitucional veio a clarear este entendimento, trazendo um novo cenário de atuação para a Justiça do Trabalho, a qual também deverá ater-se a fatores que não guardem relações tão somente com aspectos objetivos da relação de trabalho, como também à proteção da dignidade do trabalhador, ou seja, a responsabilidade do Poder Judiciário Trabalhista foi elevada substancialmente. Neste sentido, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, "compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".

²¹⁹ STJ - Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1159242**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012.

²²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto... Op. Cit., p. 468-469.

Quanto às espécies de responsabilidades no contrato de trabalho, inicia-se uma breve discussão através do seguinte trecho doutrinário:

Quando um empregado celebra o contrato de trabalho, acaba por assumir uma obrigação principal, qual seja o compromisso de prestar serviço de forma subordinada (obrigação de meio) de acordo com a boa-fé e com o *jus variandi* do empregador. Tal poder patronal de comando encerra limites técnicos, o que vale dizer: dirige a atividade do empregado de acordo com as necessidades de serviço de empresa, vista em sua finalidade social e econômica, sob pena de abuso (artigo 178, CC). O empregador, por sua vez, quando da contratação do empregado, avoca a obrigação de remunerá-lo (obrigação de resultado), observando as normas cogentes típicas do contrato dirigido (artigo 444 da CLT). Além disso, devido ao conceito atribuído pelo artigo 2º da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica²²¹.

Estas premissas, mesmo ao enunciarem aspectos básicos do contrato de emprego e alguns dos dispositivos legais que singularizam o contrato de trabalho subordinador dos demais, também estabelecem as limitações do poder diretivo do empregador, indicando que atividade patronal deve ser controlada, apesar de justificada pela finalidade social e econômica da empresa.

No contrato de trabalho, há duas modalidades de responsabilidade: a primeira apoiada na inexecução culposa da obrigação e a segunda no dano que apresente como nexo causal o mero exercício da atividade profissional. A primeira provém da responsabilidade civil subjetiva, enquanto que a outra está embasada na teoria objetiva concernente à assunção do risco da atividade econômica pela empresa²²².

A título de exemplificação da primeira modalidade, cita-se o não fornecimento do vale-transporte ou mesmo a ausência de entrega das guias de seguro desemprego, situações que levarão o empregador a ressarcir o funcionário pela inexecução culposa de uma obrigação determinada por lei²²³.

Como exemplo da segunda situação, a reparação do dano independente de culpa patronal, mas decorrente da mera execução irregular do contrato de trabalho, destaca-se quando um empregado vendedor, em razão das visitas que realiza com seu veículo próprio, ao vê-lo danificado pela alta quilometragem, encontra-se no direito de ser indenizado²²⁴.

Oportuno ainda trazer a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual:

²²¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso... Op. Cit., p. 123-124.

²²² Ibid., p. 124.

²²³ Ibid., p. 124.

²²⁴ Ibid., p. 125.

Por responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como aquiliana, tem-se aquela decorrente de violação de dever geral previsto em lei ou ordem jurídica. Ao contrário, a chamada responsabilidade civil contratual é aquela proveniente de um contrato mantido previamente entre as partes (ofensor e vítima), a qual pode se manifestar de forma objetiva (sem culpa), quando o dano do empregado decorrer da simples, regular e ordinária execução do contrato de trabalho (risco assumido pelo empregador), ou, como geralmente sucede, de forma culposa, em face da inexecução de obrigação principal, secundária ou de um dever anexo de conduta²²⁵.

A responsabilidade pelo dano moral decorre da violação de dever geral previsto em lei ou ordem jurídica, o que leva a interpretar o contrato de trabalho também como uma extensão de aplicabilidade dos direitos da pessoa humana, contudo, amoldados à situação do contrato de trabalho, com repercussões sociais à figura do trabalhador, levando-o à inserção no meio social e à elevação de sua condição de vida. Segue trecho que veio a trabalhar o cenário que leva aos dissabores surgidos no seio da relação laboral, realçando alguns dos motivos determinantes de tal desarmonia:

Os empregados são cada vez mais exigidos, cobrados, e nada recebem em troca. Sentem-se constantemente ameaçados, sufocados pela pressão sofrida no ambiente de trabalho. As pessoas pouco importam, foram rebaixadas. Perderam sua condição de seres humanos. Neste processo, acabam tratados como “coisas”, como meros objetos a serviço do capital. Proporcionam-se o lucro, são importantes. Se não o proporcionam por qualquer motivo, ainda que transitório, não mais interessam à organização²²⁶.

A partir do momento em que se dá uma coisificação da pessoa humana na posição de trabalhador, como se fosse mero instrumento para obtenção do lucro, natural que acabem violados bens jurídicos inerentes a tal dignidade, como a honra e a intimidade.

Embora a indenização por dano moral não reverta a prática do ato ilícito, servirá para diminuir a dor causada ao trabalhador na situação lesiva posta à discussão na lide. Não obstante, serve de alerta ao empregador para que não incida em práticas semelhantes. Em linhas gerais, é possível trazer as finalidades da reparação por violação ao dano moral:

Imperioso observar que a reparação por danos morais possui dupla função. A primeira é em relação à vítima e a segunda é em relação ao ofensor. Em relação à vítima, ela é compensatória, ou seja, a vítima recebe um valor em pecúnia para abrandar o sofrimento. Sua finalidade é compensar a dor, a angústia, a humilhação do ofendido. Com relação ao ofensor, ela tem natureza sancionatória, ou seja, é uma sanção civil pecuniária ou *in natura*

²²⁵ Ibid., p. 134.

²²⁶ VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. Assédio moral no ambiente de trabalho: uma violação silenciosa à dignidade humana no âmbito das relações de emprego. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 291.

pelo ato ilícito praticado e também para que ele não volte a ser praticado, servindo-lhe de característica pedagógica ou de exemplo²²⁷.

Conforme lecionado acima, as premissas reparatórias acerca do dano moral trazem uma finalidade de compensação pelos danos à vítima, bem como um objetivo pedagógico quanto ao ofensor, uma vez que a imposição indenizatória vem desestimular a prática de condutas análogas àquela que deu ensejo ao dano indenizável. Enfim, pretende a tutela reparatória a criação de um sentimento de repúdio (punir e educar) aos atos que venham a ferir direitos do trabalhador, mormente aqueles associados à esfera da honra do trabalhador, bem jurídico de maior significância do Direito do Trabalho.

O trabalhador, tal como qualquer outro contratante, faz jus a uma tutela jurídica que ampare sua dignidade moral, seu íntimo, sua privacidade e seus valores apresentados nesta condição. O Direito do Trabalho, mesmo se consideradas suas fontes consubstanciadas na elevação dos direitos econômico-financeiros dos operários, em verdade, trazia os anseios de elevação da dignidade do trabalhador quanto à sua moral, ao seu estado psicológico, enfim, os valores mais ínsitos e estimáveis dos seres humanos, sobre os quais o Estado detém a obrigação social de colocar-se à frente de proteção por meio de todos os seus instrumentos, perquirindo a efetividade destes.

3.3.4 Configuração do dano moral por desvio e acúmulo de função

Finaliza-se indo ao núcleo desta pesquisa: o dano moral decorrente do desvio e do acúmulo de funções. Em vista da precariedade do texto legal em descrever as hipóteses de incidências destes institutos do curso do contrato de trabalho, a própria caracterização dos institutos já se mostra incumbência árdua. No que tange ao dano moral decorrente destes institutos, a situação de comprovação do prejuízo nesta ordem fica ainda mais dificultosa ao obreiro, não apenas em virtude da inércia legal em determinados aspectos pontuais da problemática, como também pela exigência judicial de que se comprove a ocorrência do dano moral para qualquer situação que não somente esta. Neste ponto, pode-se citar a chamada “indústria do dano moral”, chavão jurídico consolidado que contribuiu para o desmerecimento que os magistrados do trabalho vêm apresentando diante dos pedidos de reparações de ordem moral, o que mostra-se bastante prejudicial àqueles trabalhadores que, mesmo lesados em sua esfera de intimidade, acabam por desacreditados perante este crivo.

²²⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de... Op. Cit., p. 440.

De toda forma, postula-se que a dignidade do trabalhador, fundamentada por seus valores morais, deve se sobrepôr a todos aos empecilhos que venham a dificultar a análise e julgamento das situações vivenciadas sob o prisma do abalo moral, por exemplo, a citada “indústria do dano moral”. Por este caminho, pretende-se assegurar que a figura judicial sempre entregará um valor equânime e congruente aos fatos que, efetivamente, tenham repercussão na honra subjetiva e objetiva do trabalhador.

Acerca de alterabilidade de funções, cita-se alguns trechos que bastante contribuem para esta pesquisa, compreendendo-se algumas das abordagens relativas ao desvio de função e ao abalo moral decorrente.

Alterações funcionais podem ser de três ordens: ascensionais (promoções), descensionais (rebaixamentos, readaptações, reversão pela perda de função de confiança), e atributivas de conteúdo ocupacional diverso (horizontais, também conhecidas por aproveitamento). Promoções são em geral admitidas, mesmo porque o consentimento é tácito, dado que também de regra não são lesivas nem prejudiciais ao empregado. Importa observar, entretantes: 1) que devem ser acompanhadas do proporcional aumento de remuneração e 2) que o empregado tem o direito de rejeitar ofertas de promoção; não apenas em conta do montante da remuneração a ser majorada como também em razão do conteúdo das novas atribuições ou do momento pessoal em que a promoção é ofertada. Em síntese: recusa de promoção não é indiciária de falta de colaboração do empregado²²⁸.

Percebe-se, mesmo para o caso em que o empregado ascende na organização empresarial, o manto de protetividade ao trabalhador persiste. Numa primeira análise exemplificativa da situação, ao empregado é dado o direito de, caso acate a promoção, receber uma valorização remuneratória porque a promoção funcional não consiste só num reconhecimento profissional, mas também numa majoração de responsabilidades. Os pontos que mais merecem destaque, sobretudo, inclusive até aproveitando para exaltar a importância do Direito do Trabalho intermediando as relações entre patrões e operários, consistem que a recusa, até mesmo da promoção funcional, é justificável caso entenda o trabalhador que não há uma equivalência do valor remuneratório ofertado para tanto em comparação às novas responsabilidades, ou então que está passando por um momento pessoal em que não se sente preparado para assunção de maiores responsabilidades. Reforça-se a noção de proteção à esfera de intimidade do trabalhador, que pode até mesmo recusar uma promoção a qual não entenda como adequada com base nas justificativas tecidas acima e, primordialmente, tal escusa não implica em falta de colaboração.

²²⁸ FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de... Op. Cit., p. 31.

Sobre este aspecto da aceitação ou recusa da promoção, ainda cabe trazer o trecho que segue, referendando a ideia de que nem sempre a promoção pode ser vantajosa ao empregado. Tem-se que "normalmente o empregado aceita a promoção que, na maioria das vezes, lhe é vantajosa e, neste caso, estamos diante de uma alteração bilateral do contrato de trabalho"²²⁹. Autores como Magano²³⁰ afirmam que "embora isto seja o mais comum, o empregador não pode impor a promoção, podendo o empregado sempre recusá-la com fundamento no artigo 468 da CLT. Isto porque uma promoção que aparentemente é vantajosa pode revelar-se no futuro prejudicial".

Neste ensejo, fica também claro que o empregado não pode ver-se obrigado a aceitar uma condição na qual o mesmo não se sinta confortável, seja por qual motivo plausível for, mesmo que, aparentemente, *a prima face*, signifique uma condição melhor de trabalho, ou seja, mais uma vez invocamos também o princípio da primazia da realidade sobre as formas onde seguem em confronto as situações de direito e situações de fato ocorridas no seio do contrato de trabalho.

Agora, apresenta-se situação diversa da acima, contudo sob a mesma temática, qual seja os efeitos da alteração de função (no caso em apreço não houve), abordando o dano moral decorrente da não efetivação de promoção legítima sem justificativas plausíveis:

RECURSO ORDINÁRIO - DANO MORAL - CANCELAMENTO DE PROMOÇÃO. Depois de o reclamante submeter-se a processo seletivo e ser promovido (seis meses na nova função), a empresa resolveu revogar as promoções e pediu que os três empregados, então aprovados no concurso, decidissem entre si qual o único que manteria a promoção, pois duas posições seriam canceladas. Evidente a situação humilhante e o sofrimento causado, inclusive pelo conflito gerado entre os colegas de trabalho, restando configuradas hipóteses²³¹.

No caso acima, a empresa ofereceu vagas sob a rubrica de promoção e, depois, sem uma justificativa plausível, resolveu cancelar duas das três vagas. Aqui, embora não haja uma ligação direta do julgado com esta pesquisa (dano moral decorrente do desvio ou do acúmulo), pode-se enxergar como tais situações, que envolvam a temática alusiva às alterações funcionais, estão intimamente ligadas com o aspecto da respeitabilidade à figura do empregado, gerando repercussões não só de ordem subjetiva em seu sentimento e autoestima, mas também de ordem objetiva frente ao mal-estar criado entre os colegas de trabalho.

²²⁹ ROMAR, Carla Teresa Martins... Op. Cit., p. 140.

²³⁰ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**: direito individual do trabalho. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1993, v. 2 apud ROMAR, Carla Teresa Martins... Op. Cit., p. 140.

²³¹ TRT-15 - Tribunal Regional do Trabalho de 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 24305 SP 024305/2011**. Relator: Dagoberto Nishina de Azevedo. Campinas, 29 de abril de 2011.

Assim, algumas destas elucidações, mesmo que não ligadas diretamente ao foco da pesquisa, trazem serventia ao estudo, uma vez que mostram os contornos de situações que venham a abordar a mesma temática – alteração de função.

Existem ainda as alterações horizontais, sendo aquelas nas quais o empregado passa a exercer outra função, mas dentro do mesmo nível hierárquico. O empregado é deslocado de um serviço para outro, ou para um setor diverso da empresa, com a consequente modificação de seus encargos, sem que isso, porém, venha a afetar a sua situação funcional. Em princípio, esta espécie de alteração, desde que justificada, é permitida, porque compreendida no âmbito do poder de direção do empregador. Seria ilícita se implicasse em prejuízos graves ou ainda em prejuízos salariais²³². Estas alterações também são chamadas de atributivas de conteúdo ocupacional diverso ou de aproveitamento. Pelo julgado abaixo, tem-se a legitimidade de alteração de função, na qual o obreiro foi aproveitado em função diversa após seu retorno ao setor em que trabalhava depois de longo afastamento, o que teria levado-o, tendenciosamente e involuntariamente, à desatualização profissional. A conduta empresarial, assim, foi legítima. Sobretudo, quanto ao foco da pesquisa, uma vez inexistente a arbitrariedade sob um viés objetivo, ou seja, no que tange a aspectos de ordem meramente contratual, não há o que se falar em reflexos de ordem moral.

BANCO DO BRASIL. OBREIRO QUE, APÓS TER ESTADO REQUISITADO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES JUNTO À ADMINISTRAÇÃO FEDERAL DIRETA E JUNTO À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PREVI, RETORNA AO ÂMBITO DO BANCO. AUSÊNCIA DE REALOCAÇÃO FUNCIONAL DEFINITIVA APÓS TAL RETORNO. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANO MORAL. Se o obreiro esteve fora do âmbito funcional do banco empregador por longo tempo, em virtude de sua opção por ser cedido à administração federal direta e, posteriormente, à entidade de previdência PREVI, é natural que ele, em seu retorno, encontrasse ocupados os cargos comissionados que exercia antes do início destas cessões. *Também é previsível que este afastamento o houvesse desatualizado quanto aos procedimentos e técnicas funcionais implantadas após seu afastamento.* Assim, sua realocação em outra função dependia da existência de cargos outros nos quais suas competências e seu perfil funcional pudessem ser aproveitados. Este é um juízo que pertencia, por inteiro, à conveniência administrativa (ou, por outra, ao poder diretivo) do banco empregador. Logo, a indefinição funcional experimentada pelo laborista, ainda que claramente incômoda, não poderia ser atribuída de forma integral e exclusiva a atos do empregador. *Neste quadro, é inviável concluir-se pela ocorrência de danos morais que devam ser indenizados pelo empregador ao obreiro.* Recurso ordinário do reclamante conhecido e desprovido. (grifo nosso)²³³.

²³² ROMAR, Carla Teresa Martins... Op. Cit., p. 138-139.

²³³ TRT-10 - Tribunal Regional do Trabalho de 150 Região. **Recurso Ordinário n. 850200401610000 DF 00850-2004-016-10-00-0**. Relator: Paulo Henrique Blair. Brasília, 20 de abril de 2005.

Quanto ao desvio de função, a problemática do dano moral consiste, geralmente, nas alterações de índole descensional como, por exemplo, os rebaixamentos, readaptações, reversão pela perda da função de confiança, embora seja possível falar em desvio de função quando da promoção fática, mas não formalizada, a novo cargo.

A questão do rebaixamento, em geral, não comporta dúvidas de sua nulidade, inclusive com repercussões de ordem moral. Contudo, o que vem a tratar esta pesquisa, mais precisamente, são os meros desvios de função, bem como o acúmulo de função e suas implicações de ordem moral, muitas vezes impedidas de reconhecimento em virtude da falta de amparo legal para configuração destas situações. Todavia, resta oportuno citar o trecho doutrinário que trata do rebaixamento, no qual a ofensa à moral e o profissionalismo do obreiro segue mais acentuado do que em qualquer outra forma.

O rebaixamento de função não é admitido pela legislação trabalhista, sendo nulo de pleno direito, com fundamento no artigo 9 da CLT, qualquer ato que venha configurá-lo. Nem por mútuo consentimento poderá o rebaixamento prevalecer, uma vez que o prejuízo dele decorrente é evidente. O rebaixamento, seja como uma forma de reajustamento de funções na empresa, seja como forma de punição disciplinar, não é admitido pela doutrina e pela jurisprudência em razão de que dele sempre resultam danos ao empregado, geralmente em relação ao salário. *Mas o prejuízo revela-se sob o aspecto moral, pois ao ter sua função rebaixada o empregado sentir-se-á humilhado perante seus companheiros e superiores* (grifo nosso)²³⁴.

Logo, o rebaixamento gera no empregado um sentimento de subestimação, de incompetência pessoal. Não importa se continua, em tese, no mesmo cargo e recebendo a mesma quantia: sua função foi desviada e, aos seus olhos e aos olhos dos demais, ele foi tido como incapacitado ou incompetente, sentimento este que gera abalo moral e configura situação em que a reparação do dano moral é devida. Os julgados abaixo evidenciam este entendimento quanto ao rebaixamento:

DANO MORAL - REBAIXAMENTO DE FUNÇÃO - PERTINÊNCIA. Restando comprovado que o cargo de vendedor é hierarquicamente superior ao de supervisor de merchandising, a designação da trabalhadora para o exercício de tal função *implica em rebaixamento de função, provocando alteração do contrato de trabalho (art. 468 da CLT). Ambas as situações são repudiadas pela doutrina e pela jurisprudência.* A empresa em questão extrapolou os limites legais, surgindo então o dever de indenizar, a teor do art. 187 do CC. (grifo nosso)²³⁵.

²³⁴ ROMAR, Carla Teresa Martins... Op. Cit., p. 142.

²³⁵ TRT-15 - Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 80088 SP 080088/2011.** Relator: José Antônio Pancotti. Campinas, 02 de dezembro de 2011.

O julgado acima ilustra concretamente, trabalhando com aspectos de diferenciação prática (vendedor x supervisor de *merchandising*), o sentimento de desordem moral gerado ao trabalhador acometido pelo rebaixamento de função.

DANO MORAL - REBAIXAMENTO DE FUNÇÃO - PRESUNÇÃO HOMINIS - Contratado o empregado, efetivamente, para desempenhar atribuições de supervisor, o rebaixamento de função, caracteriza evidente abuso do poder diretivo, ante o óbice de alteração das condições do contrato de trabalho de forma unilateral e em prejuízo ao trabalhador (art. 468, *caput*, da CLT). Com isso, tem-se como configurado o ato ilícito nos moldes do art. 187, do CC. O dano moral decorrente dessa conduta é presumido, não dependendo, portanto, de atividade probatória semelhante à que se utiliza em casos de dano material ou patrimonial, bastando, em muitas hipóteses, simples presunções (presunções *hominis*), formadas de acordo com a convicção do Magistrado, conforme lecionam Garat e Sacchi: "São as consequências que o juiz, como homem, e como qualquer homem criterioso, atendendo ao que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*) extrai dos fatos da causa, ou suas circunstâncias, e nas quais assenta sua convicção quanto ao fato probando, baseadas no critério da anormalidade ou em certos *standards* jurídicos" (GARAT, Annabel; SACCHI, Carlos. Manual de responsabilidade extracontractual. Tomo I, p. 188 apud VALLER, Wladimir. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro. São Paulo: E.V. Editora, 1994). Caracterizado o ato ilícito (rebaixamento de função), o dano sofrido pelo obreiro é decorrência lógica, configurando o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, com o dever de indenizar, nos moldes previstos no art. 5º, V, da CF e artigos 12, 186, 187 e 927, do CC²³⁶.

No que diz respeito ao julgado acima, nota-se a afronta à dignidade da pessoa humana através do abuso do *jus variandi*, o qual comporta limites, como já abordado nesta pesquisa, já que constitui a fonte dos institutos do desvio e do acúmulo de função.

Nesta oportunidade, trata-se da responsabilização por dano moral nas hipóteses em que o empregado simplesmente é deslocado para função diversa daquela para a qual foi contratado, o que vem a colidir com seus interesses profissionais, financeiros e morais.

DESVIO DE FUNÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO MANTIDA. Caracterizada a prática lesiva ao trabalhador, acarretando o desvio de função, já precedido de uma incapacidade laborativa parcial, com riscos de agravamento de sua saúde, não há dúvidas de que, à guisa de uma presunção natural, que decorre das regras de experiência, tal fato abalou sua integridade física e psicológica, causando-lhe sofrimento, dores, frustração, angústia, o que justifica a reparação a título de danos morais²³⁷.

No que tange ao julgamento acima, não apenas a ilicitude do desvio de função colocou-se a justificar a condenação sob o aspecto de afronta à dignidade da pessoa humana,

²³⁶ TRT-9 - Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário n. 1260200800422003 PI 01260-2008-004-22-00-3**. Relator: Fausto Lustosa Neto. Curitiba, 31 de agosto de 2010.

²³⁷ TRT-22 - Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. **Recurso Ordinário n. 1260200800422003 PI 01260-2008-004-22-00-3**. Relator: Fausto Lustosa Neto. Teresina, 12 de maio de 2009.

mas também uma incapacidade laborativa que decorreu do desvio de função. Percebe-se que a problemática envolve diversas outras nuances do contrato de trabalho que não somente a trazida por esta pesquisa (ordem moral), sendo alça abalos de outras ordens, até mesmo em sede da incolumidade física do trabalhador, como assim discorreu a ementa.

A problemática do dano moral decorrente do desvio e do acúmulo de função pode ser mais notada quando da abordagem do acúmulo de função, cuja configuração muitas vezes ainda é obstada pela precariedade da norma legal, o já referido artigo 456, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho.

ACÚMULO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS E REFLEXOS. NÃO COMPROVAÇÃO. O fato de o autor, contratado como mecânico, ter cumprido outras tarefas em sua jornada de trabalho, inerentes a funções de borracheiro, lubrificador, soldador e eletricista de automóvel, não induz à ilação de existência de alteração lesiva do seu contrato de trabalho. Tais atividades são perfeitamente compatíveis com a sua condição pessoal e com a natureza do trabalho pactuado. Nesse prisma, não havendo nos autos a comprovação da existência de cláusula contratual expressa em sentido contrário, não há que se falar em acúmulo de função, em face do seu dever de colaboração. *Aplicação do parágrafo único do artigo 456 da CLT. Recurso ordinário do autor ao qual se nega provimento. DANOS MORAIS. ACÚMULO DE TAREFAS E DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. O dano moral decorre da prática de ato que provoca dor significativa, vexame, sofrimento ou humilhação que, extrapolando a normalidade, atinge decisivamente o comportamento psicológico da vítima, causando-lhe considerável aflição, angústia e desequilíbrio, agredindo a dignidade do ser humano. In casu, não está evidenciada a prática de ato capaz de violar a moral do trabalhador. O acúmulo de tarefas de outras funções não equivale à condição análoga à de escravo. É fruto do dever de colaboração ao qual estava submetido o autor. A dispensa sem justa causa após às reivindicações de direitos trabalhistas feitas pelo obreiro, de igual sorte, não denota ofensa à dignidade humana. Exprime apenas o exercício regular do direito potestativo do empregador de romper o vínculo que não lhe era mais conveniente. Recurso ordinário ao qual se nega provimento. ADICIONAL DE PENOSIDADE. MULTA SUBSTITUTIVA. ART. 7º, XXIII, DA CF/88. INAPLICABILIDADE. 1. O autor argumenta que sua condição de trabalho, caracterizada pelo exercício de várias funções, era penosa e, por isso, requer o adicional previsto no art. 7º, XXIII, da CF/88. Ocorre que tal preceito constitucional, dada a sua natureza programática, necessita de regulamentação para ter aplicabilidade. A norma infraconstitucional é imprescindível porque é preciso conceituar o que é trabalho penoso, quantificar o adicional, bem como estipular a sua base de cálculo. A parcela, destarte, é indevida. 2. O pedido de condenação da ré ao pagamento de multa de R\$50.000,00, sustentado na mesma causa de pedir, também não prospera, por falta de amparo legal. Apelo obreiro ao qual se nega provimento (grifo nosso)²³⁸.*

²³⁸ TRT-23 - Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Recurso Ordinário n. 869200900323004 MT 00869.2009.003.23.00-4.** Relator: Beatriz Theodoro. Cuiabá, 03 de novembro de 2010.

Conforme trouxe a fundamentação dada pela ementa, o artigo 456 vem se mostrando como instrumento que dificulta a postulação do percebimento das diferenças salariais decorrentes de acúmulo de função e, como consequência, um óbice a mais para efeitos de demonstração de eventual dano moral conexo.

CONTRADITA DE TESTEMUNHA. O fato de as testemunhas trazidas a Juízo pelo reclamante possuírem ação trabalhista contra a reclamada, ainda que com idênticos pedidos, por si só, não as tornam suspeitas, máxime quando não se afigura a hipótese de troca de favores. Nesse sentido, o entendimento vertido na Súmula nº 357 do TST. ACÚMULO DE FUNÇÕES. PLUS SALARIAL. *Entende-se que o empregado se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal, conforme o disposto no art. 456, parágrafo único, da CLT, ainda mais considerando-se que as alegadas funções guardam relação com o cargo desempenhado pela autora. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O reconhecimento da existência de dano moral na Justiça do Trabalho possui como pressuposto um evento decorrente da relação de emprego que cause dano à honra subjetiva do empregado vinculado ao agir do empregador. Desse modo, o direito à indenização pressupõe a existência de prejuízo, ou seja, de dano. [...] (grifo nosso)²³⁹.*

O julgado anterior reforça a ideia trazida anteriormente, qual seja a incipiência do texto legal, criando, por muitas vezes, distância da figura julgadora quando da necessidade de decisão sobre ao dano moral decorrente do acúmulo de função, uma vez que sequer consegue adentrar-se aos critérios objetivos de uma eventual constatação de acúmulo funcional em decorrência da vulnerabilidade da lei.

RECURSO ORDINÁRIO PRINCIPAL DA RECLAMADA. REGIME DE COMPENSAÇÃO. HORAS EXTRAS PRESTADAS COM HABITUALIDADE. INVALIDADE. A prestação habitual de horas extras, demonstrada pelos registros de horários e comprovantes de pagamentos mensais, torna inválido o regime compensatório de jornada de trabalho, na trilha do entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 85, item IV, do TST. Provimento negado. RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO RECLAMANTE. ACÚMULO DE FUNÇÕES. Inexistindo cláusula contratual expressa acerca do conteúdo ocupacional da função, considera-se que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal, não configurando acúmulo de funções a realização de múltiplas tarefas, compatíveis entre si, dentro da mesma jornada de trabalho e para o mesmo empregador. Inteligência do art. 456, parágrafo único, da CLT. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O atraso no pagamento de salário, mais do que um simples descumprimento contratual²⁴⁰.

Em sede do julgado acima, a compatibilidade de funções sugerida pela lei desfavorece o trabalhador. Por adequado, não trata-se de sempre querer induzir à constatação

²³⁹ TRT-4 - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 1278620115040204 RS 0000127-86.2011.5.04.0204**. Relator: Juraci Galvão Júnior. Porto Alegre, 21 de agosto de 2012.

²⁴⁰ TRT-4 - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 14515420105040202 RS 0001451-54.2010.5.04.0202**. Relator: Alexandre Corrêa da Crus. Porto Alegre, 23 de agosto de 2012.

de desvio ou do acúmulo de função, mas sim empreender uma sensação de que a lei, tal como está enunciada, remete a uma situação de desproporcionalidade para efeitos de análise destas situações. Embora a figura judicial detenha subsídios ao julgar que não somente a lei, não se pode olvidar que esta inclina-se a nortear a maior parte dos casos postos à apreciação, o que vem a ocorrer nas lides que possuem como objeto o desvio e o acúmulo de função.

DANO MORAL. ATRASO NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. INCLUSÃO NOS CADASTROS SERASA E SPC. O descumprimento de obrigação contratual - atraso no pagamento dos salários - quando provoca prejuízo e abalo moral, como a inclusão do nome do empregado nos cadastros SERASA e SPC, autoriza o deferimento de indenização compensatória. ACÚMULO DE FUNÇÃO. O empregado não está, via de regra, adstrito a uma única atividade, mas sim a várias tarefas, sem que tal aspecto implique, automaticamente, acumulação remunerável de funções. [...] ²⁴¹.

Quanto ao julgamento acima, a amplitude dos desígnios funcionais também leva ao desfavorecimento do empregado, com o conseqüente impedimento do reconhecimento do dano indenizável decorrente do desvio e do acúmulo de função.

A lei, conforme já vem sido tratado, percebem-se diversas lacunas que dificultam o enquadramento das situações de acúmulo e desvio de função, constituindo um fator impeditivo à efetiva proteção da dignidade do trabalhador. Não se pode olvidar que o dano moral exija a comprovação tomando aspectos como o ônus de prova, desiderato sobre o qual deve a pretensa vítima cumprir a contento. Todavia, o que fazer quando se está diante de uma figura transgressora dos direitos trabalhistas que carece, antes de qualquer outro fator, de uma legislação específica, pautando-se praticamente como inerte diante de um problema consideravelmente corriqueiro no ambiente do trabalho?

O Direito do Trabalho, através de seus princípios e todo o aparato de ideais e legislação construídos ao passo de sua evolução, deve suprir tais omissões nos casos concretos, da forma como entendeu viável o legislador quando da elaboração do artigo 456, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho. Por corolário, uma vez realizada uma análise pormenorizada do caso concreto, levando em consideração todos os preceitos de aplicação do Direito do Trabalho, uma vez que faltam os termos legais pontuais para tais situações, não torna-se problema a questão relativa ao dano moral, pois, caso a situação de desvio ou acúmulo seja reconhecida, haverá ou não a comprovação do dano moral, como em qualquer outro descumprimento de ordem contratual ou extracontratual do contrato de trabalho que pode também ensejar reparações de ordem moral.

²⁴¹ TRT-4 - Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 674005620095040203 RS 0067400-56.2009.5.04.0203**. Relator: Ricardo Tavares Gehling. Porto Alegre, 30 de junho de 2011.

O projeto de lei tratado anteriormente traz uma tentativa de inovação e aprimoramento no texto da lei, na qual foi feita uma observação no sentido de que, pela informalidade dos contratos de trabalho que levam à ausência de pactuação de cláusulas expressas, dificulta-se ao Judiciário decidir sobre a configuração do desvio e do acúmulo de função, razão pela qual a proposta é válida e merece reconhecimento pelo Congresso Nacional. Nestes moldes, se aprovado o projeto, o acesso à reparação do dano moral decorrente dos casos de desvio e acúmulo de função ficará mais ao alcance do trabalhador, embora seja perceptível que, pelos elementos gerais do ordenamento civil-constitucional, o reconhecimento do dano moral em si não seja um obstáculo.

3.3.5 Quantificação do dano moral por desvio e acúmulo de função

Quantificar um dano moral parece ser algo muito mais complexo do que alguns estudiosos entendem, difícil de ser concluída com a maior justeza de critérios que atendam à efetividade da lei. No caso da lei trabalhista, além da efetividade, é preciso perquirir seu escopo social como viga para norteamento das decisões no intuito de fazer valer as premissas deste ramo jurídico de tamanha especialidade. A preocupação em valorar o *quantum* devido àqueles que sofrem turbação ou moléstia em sua dignidade (não apreciável economicamente) consiste em visualizar, extrair o que o dano impactou na esfera de direitos do ofendido e, assim, conceber uma recomposição ao ponto de trazer a vítima ao estado anterior à ofensa ou ao menos aproximar-se desta situação pretérita.

Quando a temática envolve responsabilização sob o ângulo do dano material, nota-se uma maior facilidade no cômputo dos valores que devam ser postulados e, por conseguinte, restituídos pelos ofensores. Neste passo, embora se esteja diante de uma conta intelegível e, num segundo momento, mais fácil de ser acatada pelos juízes, ainda assim permanece suscetível de insurgências pelos envolvidos, dentre eles precipuamente a própria figura do juiz, o qual detém o compromisso de balizar a situação da forma mais equânime possível, evitando-se o enriquecimento ilícito da pessoa lesada e, por lado adverso, o empobrecimento indevido do ofensor.

Trazendo o viés da quantificação do dano material a esta pesquisa, é possível remeter ao já estudado quanto à recomposição pelo desvio e acúmulo de função por intermédio dos acréscimos salariais deferidos, pelos quais a determinação para pagamento destas parcelas auxilia a recompor a diferença entre o salário recebido e aquele correspondente ao cargo efetivamente exercido. Abordada também foi a Lei n. 6.615/1978, que trata da profissão dos

radialistas e que serve, por algumas vezes, à contribuição para efeitos de quantificação das parcelas decorrentes de acúmulo de função não somente no âmbito desta classe profissional, como também para analogia a outras situações, ao alvedrio do julgador.

Todavia, a problemática em estudo diz respeito à quantificação do **dano moral** decorrente do desvio e do acúmulo de função no âmbito do contrato de trabalho empregatício, ou seja, o cálculo do prejuízo de ordem moral correlato à dignidade do trabalhador frente a tais adversidades no seio do contrato de trabalho, mensurando, assim, o que vem a ser devido em prol do empregado ofendido.

O problema mais sério suscitado pela admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido. Quando se trata de dano material, calcula-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima, e a indenização consistirá no seu exato montante. Mas quando o caso é dano moral, a apuração do quantum indenizatório se complica porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome, etc.) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial. Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de *puro arbítrio*, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia. (grifo nosso)²⁴².

Antecipadamente a outras discussões, conveniente trazer também que a reparação pelos danos morais não pode ser aviltada ou mesmo prejudicada pela responsabilização de ordem material, de forma que, de acordo com Santos²⁴³, a reparação do dano moral não pode guardar qualquer proporção com os prejuízos materiais, já que nenhuma relação existe entre ambos os tipos de agravos, além do que a indenização relativa ao dano moral não pode surgir de fórmulas matemáticas, porque fica subordinada ao critério judicial.

Assim, trabalhando as considerações do autor, entende-se que o deferimento de parcelas de ordem salarial, ou sob outros aspectos, que guardem liames patrimoniais concernentes ao ponto do desvio e do acúmulo de função, não têm o condão de levar à prejudicialidade de eventuais ultrajes de ordem psicológica do trabalhador, ou seja, o operário ofendido em sua integridade moral, em virtude do desvio ou do acúmulo funcional, é legitimado a postular e auferir indenizações sob duas nuances: abalo patrimonial e extrapatrimonial.

²⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 29.

²⁴³ SANTOS, Antônio Geová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 158.

De acordo com Gonçalves²⁴⁴, a reparação pecuniária, tanto no dano material como no dano moral, tem o duplo caráter: compensatório para aquele que sofre o dano e punitivo para o ofensor. O caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá uma diminuição patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta ofensiva. Mas a finalidade precípua da indenização não é punir o responsável, mas recompor o patrimônio do lesado, no caso do dano material, e servir de compensação, na hipótese de dano moral.

Assim, o instituto da compensação ao ofendido, quando em termos de sede de abalo moral, sobressai-se sobre o problema da punição do ofensor em si, uma vez que o dano moral traz abalos de maiores montas quando comparado ao prejuízo material, ou seja, o bem jurídico tutelado, qual seja a honra, seja ela subjetiva ou objetiva, invoca um sentimento de protecionismo por parte do Estado, dada a proteção da dignidade da pessoa humana, ainda mais na área do Direito do Trabalho.

Contundentemente, Reis²⁴⁵ traz a ideia da compensação dos danos morais da seguinte forma:

Todos os autores brasileiros, como os alienígenas, são unânimes em admitir o caráter meramente compensatório dos danos morais, ao contrário do caráter indenizatório da reparação dos danos extrapatrimoniais. A ideia de reparar pecuniariamente os danos extrapatrimoniais funda-se na gama de possibilidades que o recurso financeiro possibilita às pessoas para aplacar suas mágoas ou aflições.

Assim, trazidas estas argumentações, ingressa-se à valoração do dano moral. No Brasil, não há aplicação do critério da tarifação, pelo qual o *quantum* das indenizações é pré-fixado. Trazido como inconveniente deste critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ilícito e, ao confrontar com vantagens que, em contrapartida, poderão obter, podem chegar à conclusão de que valerá a pena o cometimento de tais ilícitos. No Brasil, o que vale é o critério do arbitramento pelo juiz, o qual é fundamentado pelo artigo 946 do Código Civil²⁴⁶. Em sede legal, também pode ser invocado o artigo 944 do mesmo diploma legal, o qual prevê que a indenização será medida pela extensão do dano.

Desta forma, conclui-se que há um alto significado dado não somente à necessidade de caracterização do dano moral, o qual depende de demonstração e comprovação das situações caracterizadoras, como também à valoração do mesmo, se dando tão somente

²⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto... Op. Cit., p. 509.

²⁴⁵ REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 88.

²⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto... Op. Cit., p. 506.

através do raciocínio do julgador, que utilizará de sua persuasão para remediar o conflito também, então, sob o valor da compensação à vítima. A figura judicial, sensitiva às situações que lhe são postas à análise, é quem poderá melhor dimensionar o quanto, caso comprovado o abalo nesta ordem, é merecido à pessoa lesada em sua esfera de intimidade. Não se poderia, mesmo, estar à mercê de uma regra de tarifamento de indenizações, dado que cada caso guarda sua singularidade, merecendo tratamento de unidade. Convém enfatizar também a relevância e a magnitude dos critérios jurisprudenciais, notadamente o uso da analogia por parte dos magistrados quando da valoração destas situações, o que vem sempre a contribuir ao enriquecimento do estudo do Direito e, com isso, melhorar aprimorar a entrega da prestação jurisdicional.

Como já estudados alguns julgados quanto ao desvio e acúmulo de função e sua repercussão sob a ordem da moralidade e proteção da esfera de intimidade do trabalhador, se traz agora uma decisão que veio a trabalhar a temática relativa a este tópico, qual seja o *quantum* indenizatório propriamente dito, restando abordados alguns dos aspectos de maior significado e relevância àquela temática, fechando, assim, a questão posta ao estudo.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. DANO MORAL. CONFIGURADO. RESTOU EVIDENCIADO NOS AUTOS QUE O RECLAMADO SUBMETEU O RECLAMANTE A CONSTANTES CONSTRANGIMENTOS MORAIS E RISCOS À SUA INTEGRIDADE FÍSICA, QUANDO O OBRIGAVA A REALIZAR ABORDAGENS A CLIENTES SUSPEITOS DE FURTAR SEU ESTABELECIMENTO E POR TER QUE TRANSPORTAR O DINHEIRO DOS CAIXAS PARA O CAIXA CENTRAL DA LOJA, SEM QUE QUALQUER TIPO DE TREINAMENTO E PROTEÇÃO, *DESVIRTUANDO AS ATIVIDADES INERENTES À FUNÇÃO PARA A QUAL FORA CONTRATADO. PELO QUE, DEVE SER REFORMADA A SENTENÇA PARA CONDENAR O RECLAMADO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (grifo nosso)

VOTO:

2.2. DA QUANTIFICAÇÃO.

Quanto ao valor da indenização, algumas considerações devem ser feitas:

Com bastante propriedade, discorre sobre o tema o Mestre e Doutor Francisco Antônio de Oliveira, in revista LTr. 62-01, p. 28): "O arbitramento para aferir em pecúnia a lesão do dano moral deverá fazer âncora na razoabilidade, levando-se em conta fatores outros tais como as sequelas psíquicas impostas à vítima bem assim a posse patrimonial do agressor. Temos na doutrina que "a vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, Ed.

Forense, Rio, 1972, Vol. II, n. 176) [...] não mais encontram lugar no mundo atual as cominações simplesmente pedagógicas, em valores inexpressivos que, em última análise, resultariam em mais uma ofensa moral ao ofendido, posto que diante de tais condenações era inevitável a conclusão de que o seu sofrimento, a sua angústia, a sua tristeza pelo ato do agressor nada valiam ou valiam quase nada". Hodiernamente, prevalece em nosso ordenamento jurídico, a avaliação do dano moral por arbitramento do Juiz, com fulcro no art. 1553 do Código Civil sem limites predeterminados. Tem-se, pois, um sistema aberto ou não tarifário, em que se confia exclusivamente à prudente discricionariedade do Juiz à fixação do valor.

Neste mister, existem leis esparsas traçando alguns critérios que o magistrado deve observar na fixação do montante, tais como, a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67, art. 53) e o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117,62, art. 84). Porém, sem obrigatoriedade.

Destarte, ensina o insigne Ministro do Colendo TST JOÃO ORESTE DALAZEM (em temas relevantes de direito material e processual do trabalho - Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo Teixeira Manus, São Paulo: LTr, 2000, os 599 e 600) que, ponderados tais aspectos, são as seguintes as regras pelas quais deve guiar-se o Juiz para dimensionar concretamente o valor do dano moral:

- 1ª) compreender que o dano moral em si é incomensurável;
- 2ª) considerar a gravidade objetiva do dano;
- 3ª) levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima;
- 4ª) considerar a personalidade e o maior ou menor poder econômico do ofensor;
- 5ª) não desprezar a conjuntura econômica do País;

Acrescente-se que o magistrado trabalhista deve levar em conta, máxime em matéria de dano moral, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, à luz do art. 1º, III e IV, da Carta da Primavera de 1988.

Por amor ao debate, cumpre-nos citar mais um argumento que se deve levar em consideração para decidir quanto ao valor indenizatório, citado pelo professor Maurício Godinho Delgado em Curso de Direito do Trabalho, LTr, abril 2002, p. 604. Nos ensina Godinho que o "arbitramento da indenização deve constituir-se pelo cotejo dos critérios enunciados [...], mediante o pleno exercício das qualidades judicantes (sensatez, equanimidade, isenção, imparcialidade), atentando-se ainda para o seguinte: O montante arbitrado não produza enriquecimento ou empobrecimento sem causa das recíprocas partes; não perca este montante a harmonia com a noção de proporcionalidade, seja por deixar de compensar adequadamente o mal sofrido, seja por agregar ganhos financeiros superiores a uma compensação razoável pertinente".

Assim, levando-se em consideração os ensinamentos de Godinho, arbitro o valor da indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), harmonizando a proporcionalidade entre o mal sofrido, a condição econômica do ofendido e o que é de crucial importância, não coloca em risco a vida empresarial do ofensor²⁴⁷.

Pelo caso acima, despontam diversos critérios utilizados quando da situação de reconhecimento do dano moral decorrente do desvio de função no âmbito do contrato de

²⁴⁷ TRT-19 - Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. **Processo n. 892201100419001/RO**. Relator: Antônio Catão. Maceió, 21 de junho de 2012.

trabalho, embora também sejam estes plenamente aplicáveis às outras análises de julgamento do dano moral na seara do trabalho e, com alguma adaptação, na seara civilista.

Como se observa, o deslocamento ilegítimo do reclamante a outra função, a qual lhe trouxe dissabores advindos da “inovação” contratual o fez merecer a compensação por danos morais. Vários trechos do julgado exaltam a razoabilidade judicial quanto à aferição do valor da indenização, pautando-se pelos seguintes critérios: proporcionalidade, razoabilidade, a característica de incomensurabilidade do dano moral. Isto tudo nos leva a entender que a necessidade de utilização de todos estes critérios, aliados entre si, confirma a ideia de que a responsabilização por dano moral consagra um universo vasto de descobertas, sempre caso a caso. Em outras palavras, não há uma previsibilidade do que pode acometer, desfavoravelmente, a uma dada pessoa considerando as diferenças entre todos os indivíduos, ainda mais quando cita-se os aspectos da personalidade e da individualidade de cada um, o que vem justificar o não tarifamento das indenizações, notadamente: a noção das sequelas psíquicas ao ofendido, a posse patrimonial do ofensor sobre um ângulo pedagógico e, por fim, como instrumentos da atuação jurisdicional, a sensatez, o equilíbrio e a equidade nas decisões.

Por fim, destaca-se a dignidade da pessoa humana, trazida como um dos corolários do julgado posto em estudo. Nesta seara, tratando-se da aludida compensação ao trabalhador desonrado no exercício de sua função, tal premissa não poderia faltar, sob pena de se estar diante de uma carência e até mesmo uma hipossuficiência de um sistema jurídico que traz, como sustentáculo à base construtiva do aparato de proteção ao trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual vem sempre irradiar seus efeitos, elevando assim a condição de respeitabilidade do trabalhador.

3.3.6 Dano Moral Coletivo, Ministério Público do Trabalho e Terceira Dimensão de Direitos Humanos

A Constituição Federal, marcada agora por seus vinte cinco anos de existência, trouxe, em suas inovações, a valorização, a exaltação e a proteção do sentimento da coletividade, o que vem sendo orquestrado pelos princípios da solidariedade e da fraternidade, há tempos semeados em sociedade, cuja inspiração remete aos ideais consagrados à época da Revolução Francesa. Como já citado neste estudo, é possível rememorar os direitos sociais elencados no texto constitucional, os quais trazem ao Estado a feição de Social, o qual ainda necessita do incremento e evolução das políticas públicas a fim de fazer jus à nomenclatura de “Estado Social”.

Esse sentimento de valorização da coletividade preconiza o bem-estar de um determinado grupo, cujos componentes guardem similitude de condição entre um e outro; noutros dizeres, protege o homem não como um ser singular, individualizado, mas sim uma coletividade ou grupo que apresente interesses em comum, que necessite de uma tutela jurídica estatal com foco similar de preservação de suas garantias. São estes os direitos aclamados como de terceira geração ou dimensão.

Um dos grupos do qual não se descuidou a Constituição Federal de 1988 foi a classe dos trabalhadores, contemplada com uma gama de direitos, os quais, paulatinamente, vêm sendo implementados no cotidiano destes indivíduos que a compõem, materializando, desta forma, a efetividade dos direitos sociais inerentes a esta classe em especial.

O trabalho integra a pessoa em sociedade, na medida em que dignifica, estabelece modos de viver, hábitos, deveres e direitos. É no trabalho que o ser humano encontra seu sentido para a vida, sentido este que se altera quando há desqualificação e degradação profissional. Não é em qualquer ofício, portanto, que torna o trabalho elemento que dignifica o ser humano²⁴⁸.

A propósito, através do trecho acima, reitera-se o significado do trabalho para os seres humanos, instrumento este não significativo apenas da própria evolução profissional, como também do encontro de um sentido à vida. Assim, uma vez fornecidos tantos propósitos e valores à figura do trabalho, o Estado vê-se mais cada vez reclamado à proteção e guarda dos direitos dos trabalhadores.

Na esfera da coletividade do trabalho, elenca-se a proteção da honra objetiva do trabalhador, o que vem a significar a condição de respeitabilidade do mesmo no recinto de trabalho por todos aqueles que convivem rotineiramente em razão de seus ofícios. A proteção do trabalhador, múnus do Estado Social de Direito, não visa apenas à salvaguarda dos direitos de personalidade do operário em sede de sua honra subjetiva, objeto de estudo até o presente momento, mas também deve se atentar aos instrumentos que forneçam um ambiente de trabalho urbano e condizente com as boas diretrizes comportamentais de um dado estabelecimento onde estão inseridos indivíduos, cada qual com sua personalidade e valores morais.

No cotejo dos ideais de dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho, enfim, a honra objetiva também ocupa seu espaço, levando-se em conta não tão somente a

²⁴⁸ SOARES, Andréa Antico; POZZOLI, Lafayette. A Função Promocional do Direito ao Trabalho Digno Sob a Ótica dos Direitos Humanos. In: AGOSTINHO, Luís Otávio Vincezi; HERRERA, Luiz Henrique Martin (Org.). **Tutela dos direitos humanos e fundamentais**: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal, 2011, p. 14.

dignificação do indivíduo sob o alcance de sua intimidade, de sua vida privada, como também o direito do trabalhador em sentir-se estimado, prezado no local onde se ativa diariamente, recinto do qual retira seu sustento diário e também no qual cultiva anseios por uma vida socialmente melhor.

Trazendo a temática da pesquisa, o desvio e o acúmulo de função, quanto aos seus efeitos sob a ordem da honra objetiva, indica-se a imperiosa necessidade da figura patronal quanto ao cumprimento das cláusulas contratuais, mesmo que implícitas (maior parte das vezes), quanto à distribuição e quantificação dos afazeres aos seus empregados. O trabalhador, quando contratado para um determinado mister, ao ser deslocado para função diversa, sofre abalo não somente em sua esfera de intimidade, como também no meio profissional no qual está inserido, uma vez que, dada a transgressão contratual sob este ponto da modalidade funcional, pode ver-se situado num estado de incompetência técnica perante aqueles que o observam em seu ambiente de trabalho, afinal, veio a exercer função estranha às aptidões requeridas para o ingresso ao cargo.

O mesmo ocorre na situação de acúmulo funcional, hipótese em que um trabalhador, vindo a trabalhar em sobrecarga, estará mais suscetível às falhas no exercício de suas competências. Com a elevada atribuição de serviços, prejudicar-se-á o bom desempenho de tarefas como não ocorreria caso as mesmas fossem atribuídas de forma proporcional ao tempo disponibilizado para o seu cumprimento, o que surte efeitos em seu meio laboral.

Assim, destinam-se estes exemplos a demonstrar que, embora a problemática atinente ao desvio e o acúmulo de função apresente maiores repercussões sob a ordem da honra do trabalhador, não se pode olvidar de seus efeitos perante a sociedade profissional na qual está alocado, ou seja, estes desvios contratuais demandam um panorama de proteção de ordem coletiva.

Em se tratando de legitimados à defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores, o Ministério Público do Trabalho vem destacado por sua atuação em defesa dos interesses da classe operária, cuja dimensão de proteção necessite de uma proteção sob o ângulo *da coletividade da categoria*, e não sob uma ordem individualizada de custódia do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento da república a dignidade da pessoa humana (art 1, III, CF/88), e como noção de justiça a promoção do bem de todos (art. 3, IV, CF/88). Sendo assim, é natural que a Instituição que vela pela ordem jurídica, o Ministério Público, atue na defesa do ser humano e de seus direitos fundamentais. Assim, o Ministério Público do Trabalho – MPT -, ramo do Ministério Público da União, possui a função

de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais no âmbito das relações de trabalho²⁴⁹.

Neste sentido, a Lei Complementar n. 75/1993 traz a competência do Ministério Público do Trabalho para atuar na defesa de direitos difusos e coletivos perante a Justiça do Trabalho:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

O dano moral coletivo vem sido intentado e reconhecido pela Justiça do Trabalho. Como exemplo prático, a Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou instituição financeira a pagar elevado valor por dano moral coletivo, por ter submetido seus empregados a um ambiente nocivo e colocado a saúde dos mesmos em risco. Em acréscimo, puniu-se porque ausente um programa de saúde médico ocupacional e, por fim, porque os funcionários se atinavam em jornada de trabalho excessiva, sem pagamento de horas extras. Na ação civil pública em comento, restaram verificadas diversas situações, num mesmo ambiente de trabalho, nas quais os direitos sociais dos trabalhadores foram severamente aviltados pela figura empregatícia, com lesão aos direitos sociais, constitucionalmente garantidos, evidenciada a ponto de justificar as medidas tomadas para sua solução e, assim, proteção a esta classe operária, em especial, ofendida²⁵⁰.

²⁴⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de... Op. Cit., p. 460.

²⁵⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST. 8ª Turma. **Processo n. 32500-65.2006.5.03.0143/RR**. Relatora: Maria de Assis Calsing. Brasília, 01 de setembro de 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho trouxe, como sua fundamentação e sua própria justificativa, a proteção do trabalhador frente às distorções de desvio e acúmulo de função, sob o foco da proteção da dignidade do trabalhador. Para isto, enfrentou-se a compreensão da evolução do Direito do Trabalho na sociedade, considerando-o desde seu nascimento, fator este que coincide com as próprias justificativas do Direito do Trabalho, uma vez que as necessidades mais providenciais dos trabalhadores trouxeram à tona uma exigência de regulamentação dos direitos dos trabalhadores, trazendo, em continuidade, os contornos da relação empregatícia (foco de análise) e, por fim, do desvio e do acúmulo de funções e do dano moral deles decorrente.

A Revolução Industrial trouxe à sociedade uma necessidade de buscar a melhoria de qualidade de vida dos trabalhadores, não apenas numa abordagem de condições de trabalho, mas sim numa noção de sobrevivência digna em sociedade, o que tornava a situação muito mais complexa do que qualquer outro contexto de problematização trabalhista que veio a existir posteriormente. Desta forma, dada a urgência da questão posta à resolução estatal, o Direito do Trabalho iniciou sua atuação na necessidade, construindo e sedimentando sua normatização.

Em virtude do que é necessário ao Direito do Trabalho, dada sua conotação social e protetiva a uma determinada figura humana, o trabalhador, o estudo se pautou em tratativas inerentes aos Direitos Humanos, em segunda e terceira dimensões. No que tange aos Direitos Humanos de segunda geração, algumas considerações sobre o liberalismo e o intervencionismo no âmbito das relações de trabalho, foram destaque ambas as fases, tão díspares entre si, mas que igualmente trouxeram grande contribuição ao Direito do Trabalho, cada qual com suas peculiaridades que o segmento laboral conseguiu aproveitar em sua essência política e na praticidade de suas próprias relações.

Uma abordagem da saúde do ser humano, fazendo um liame às relações de trabalho, teve o intuito de evidenciar que o operário faz *jus* a sentir-se bem no âmbito de sua labuta diária, não apenas em decorrência das exigências do Direito do Trabalho, mas sim com espeque na dignidade do ser humano que fez erigir obediência do Estado a determinadas posturas, o que, por corolário, trouxe ao empregador, como mandatário das condições de trabalho, uma obrigação de zelar pelo seu funcionário. Enfim, esta foi apenas uma “minimização” do contexto da universalidade dos direitos inerentes à saúde humana

concernente ao contrato de trabalho, então sob o aspecto da responsabilidade do empregador frente às condições de trabalho que venham a desfavorecer o estado de saúde de seus empregados. Em compasso a este tema, abordado também o meio ambiente do trabalho, na intenção de ilustrar efetivamente as condições dos trabalhos prestados, as quais devem repercutir favorável ou desfavoravelmente junto às condições mentais e físicas do trabalho. Compreender a importância da saúde do trabalho, bem como a imperiosa necessidade do mesmo estar inserido num ambiente de trabalho salutar, contribui às noções gerais dos institutos do desvio e do acúmulo funcional, pois tais institutos refletem substancialmente na ocorrência ou inoocorrência de tais desvirtuamentos.

Ingressando aos princípios do Direito do Trabalho, entre os quais destacam-se aqueles que mais trazem suas relações ao desvio e acúmulo de função, observou-se que tais fontes de elucidação das problemáticas do trabalho quase sempre, lançam mão dos conceitos basilares à compreensão e análise das situações verificadas, ou seja, até mesmo quando a legislação como um todo traça um panorama de entendimento das situações vivenciadas pelos entes envolvidos no contrato de trabalho, os princípios ocupam posição de superioridade e destaque eis que, conforme foi observado, deles mesmos partiram os ideais das normas positivas, figurando como esteio da jurisprudência trabalhista. Em especial para o foco desta pesquisa, considera-se o princípio da primazia da realidade, aquele primará pela entrega ao trabalhador dos direitos reconhecidos no caso do desvio e do acúmulo de função, uma vez comprovada a função ou sobrecarga de funções no contexto de um determinado contrato de trabalho, ou seja, o que vale é a realidade do ajuste e não o que está escrito.

Adentrando ao contrato de emprego, dando ênfase à situação de privilégio ocupada no contexto social e econômico enquanto instrumento de maior impulso às relações econômicas, sendo assim a modalidade de mão-de-obra mais utilizada, foram trazidas conceituação e delimitação desta espécie de ajuste, destacando-se o atributo da subordinação, o que a diferencia das demais formas de trabalho. Por oportuno, foi de grande contribuição o estudo dos princípios ligados ao contrato de emprego, sobre os quais debruçaram suas regras e também suas diferenciações dos demais contratos.

O desvio e acúmulo funcional correspondem a situações em que o trabalhador vê-se contrariado em relação à especificidade e à quantidade de trabalho, respectivamente. A lei celetista não trouxe uma normatização que viesse a amparar o trabalhador sob este viés no contrato de trabalho, fornecendo apenas um dispositivo genérico de entendimento desta problematização, confiando ao magistrado do trabalho, ou mesmo àquele que venha a ser incumbido de pacificar ou decidir os conflitos de interesse, a solução mais apropriada ao caso.

Por conta disso, a prova destas condições se mostrou dificultosa ao trabalhador, faltando-lhe subsídios técnicos que deveriam estar amparados por lei, o que, conseqüentemente, traz prejuízos ao elo mais fraco da relação trabalhista e dificulta a promoção de sua dignidade.

A problemática reside, basicamente, na limitação do desvio e do acúmulo de função. A partir de qual circunstância estaria o trabalhador prestando serviços além de sua condição (figura do desvio) ou quando estaria se ativando em funções em demasia (figura do acúmulo)? A lei pouco contribuiu nestes aspectos, restando à analogia e aos princípios gerais do Direito do Trabalho esta missão. Os princípios da inalterabilidade das formas e da boa-fé objetiva contribuem para a elucidação dos casos postos à análise.

Quanto à inalterabilidade das formas, o instituto do *pacta sunt servanda* preconiza que devem ser cumpridas as estipulações e determinações anteriormente acordadas, o que aproveita-se para incluir, envolve a especificação dos afazeres, bem como suas proporções.

No que tange à boa-fé contratual, caberá ao empregador o atendimento dos critérios de plausibilidade para distribuição das tarefas, bem como preceitua-se que ambas as partes envolvidas no contrato de trabalho deverão agir com lealdade e sem abuso da posição contratual que ocupam, na qual destaca-se que o empregador deverá observar tais limitações a ponto de não exigir do empregado aquilo que não foi pactuado, mesmo que de forma implícita, bem como deverá relevar as condições pessoais e profissionais de seu trabalhador.

Consideração que há uma inércia legal para o reconhecimento/configuração das situações de desvio e acúmulo de função, o caminho tornou-se mais livre para tais situações. Em razão disso, há projeto de lei em tramitação visando regular tal situação, propondo a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho na disciplina do desvio e do acúmulo de função, pretendendo-se uma redação no seguinte viés: a não ser que exista cláusula expressa em sentido contrário, entender-se-á que o empregado se obrigou exclusivamente à prestação de serviços na função para qual foi contratado. O fundamento do projeto de lei é a proteção do trabalhador.

Se o próprio desvio e o acúmulo de função constituem situações em que o reconhecimento é árduo, o abalo moral decorrente destes encontra mais óbices ainda, vez que depende, primeiramente, do próprio enquadramento da situação, sem falar ainda que também prescindirá de um ônus probante. Contudo, tem-se que o dano moral vem carregado de uma legislação mais favorável ao seu reconhecimento, de caráter genérico, uma vez que prevista predominantemente na Constituição Federal e no Código Civil, mas de fácil aplicação num contexto prático, ao menos no que tange ao desvio e ao acúmulo de funções quando estes já restam reconhecidos.

Em que pesem todas estas articulações e o caminho de viés legal e processual do trabalhador para demonstrar seu prejuízo psicológico e moral frente a estas adversidades, a normatização já existente (Declaração Universal dos Direitos do Homem, normas internacionais de direito internacional do trabalho editadas pela OIT, o regramento jurídico interno, em especial a Constituição Federal, o Código Civil e Consolidação das Leis do Trabalho), aliada aos princípios gerais de Direito e à analogia, não permitem ao trabalhador uma situação de desalento, vez que este arcabouço de instrumentos jurídicos tende a suprir as omissões legislativas. Neste passo, a responsabilização civil frente aos danos sofridos pelo trabalhador é factível e, muitas vezes, se apresentará como a melhor forma de desestímulo a tais práticas abusivas.

O desvio e o acúmulo de função vão além de uma reparação de ordem patrimonial (diferenças salariais). Quando o empregado se entrega ao desempenho de uma atividade em especial, espera que somente através dela conseguirá alcançar seus anseios profissionais, sejam eles remuneratórios, sejam eles de inserção no meio social, erigindo-se neste ponto a função social do contrato de trabalho. Desta forma, o desvirtuamento das funções ou de sua própria mensuração leva ao descontentamento profissional e moral do operário, repercutindo inclusive no rendimento do próprio contexto funcional sobre o qual o detém plenas condições de realizá-lo.

O Direito do Trabalho está presente no ordenamento jurídico-constitucional para fazer valer todas as prerrogativas de proteção ao trabalhador e o equilíbrio das relações em todas as seus aspectos, primando pela justiça e pela harmonização do ambiente de trabalho. A dignidade do trabalhador é o fator de maior preponderância do segmento em questão; quaisquer que sejam os meios legítimos pelos quais que se alcance a respeitabilidade do trabalhador neste aspecto, será válido e assim permitirá ao Direito do Trabalho alcançar suas premissas mais essenciais, tornando-se uma ferramenta de justiça social e efetivação dos Direitos Humanos dos trabalhadores não somente sob a ótica do trabalho, mas, precipuamente, quanto ao estado de pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.

ARAÚJO, Jorge Alberto. Princípios especiais do Direito do Trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito Individual do Trabalho**: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **A evolução do pensamento do Direito do Trabalho**. Tradução Sidnei Machado. São Paulo: LTr, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONZATTO, Eduardo Antônio. *Tripalium*: o trabalho como maldição, como crime e como punição. **Direito em Foco**, 2011. Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2011/Direito_em_foco_Tripalium.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CLT 70 ANOS. **Jornal do Advogado OAB/SP**, ano XXXVIII, n. 383, maio/2013.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013. p. 250-256.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: 2002. v. 3.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7.

FERRARI, Irany. História do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). **História do trabalho, do Direito do Trabalho e da justiça do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Poder Diretivo, Alterações Contratuais e Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos no âmbito das relações de trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito Individual do Trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho.** São Paulo: Método, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTR, 2011.

JUGEND, Débora. **A formação do vínculo contratual: o problema (da proteção) da integridade do consentimento no âmbito do contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

LOBO, Valéria Marques. A Justiça do Trabalho como vetor da justiça social. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado.** São Paulo: LTr, 2013. p. 437-449.

MALLET, Estevão. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Entrevista Concedida ao Jornal do Advogado OAB/SP, ano XXXVIII, n. 383, maio/2013.

_____. Notas sobre a interpretação do contrato de trabalho. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado.** São Paulo: LTr, 2013. p. 47-61.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDEIROS, Dárlen Prietsch; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. Empregado Doméstico: novas perspectivas de tratamento jurídico. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013. p. 62-69.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: Ltr, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

NAHAS, Thereza Christina. A crise do Direito do Trabalho. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete. **Gramática dos Direitos Fundamentais: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 63-75.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Márcio Dias de. Direito fundamental à saúde e suas faces: uma análise conjunta à irretroatividade do direito fundamental social à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GÖTTEMS, Claudinei J. (Org.). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui: Boreal, 2008.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

_____. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINTO E SILVA, Otávio. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Entrevista Concedida ao Jornal do Advogado OAB/SP, ano XXXVIII, n. 383, maio/2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PORTO, Lorena Vasconcelos. O trabalho humano na história e o nascimento do Direito do Trabalho. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013. p. 30-37.

POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete. **Gramática dos Direitos Fundamentais**: a Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 137-153.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Jair Teixeira dos. **Manual Prático de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do Contrato de Trabalho**: Função e Local. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Vitor. **O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SANTOS, Antônio Geová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA FILHO, Cícero Virgulino. **Contrato de Trabalho**: alterações das condições pactuadas – teoria, jurisprudência e legislação. São Paulo: Bestbook, 2000.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**: Contrato de Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. v. 6.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, RAGAZZI, José Luiz. Direito fundamental à saúde: um enfoque histórico evolutivo. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GÖTTTEMS, Claudinei J. (Org.). **Direitos Fundamentais**: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

SOARES, Andrea Antico. **O assédio moral no trabalho à luz dos direitos humanos e fundamentais e da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2012.

_____; POZZOLI, Lafayette. A Função Promocional do Direito ao Trabalho Digno Sob a Ótica dos Direitos Humanos. In: AGOSTINHO, Luís Otávio Vincezi; HERRERA, Luiz Henrique Martin (Org.). **Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui: Boreal, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo; et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENDRAME, Alan, MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto a (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011.

VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. Assédio moral no ambiente de trabalho: uma violação silenciosa à dignidade humana no âmbito das relações de emprego. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013. p. 290-300.

ZANGRANDO, Carlos. **Princípios jurídicos do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.