



## **GEMT– Grupo de Estudos da Magistratura do Trabalho**

**Coordenação: Davi Alexandre de Carvalho Ribeiro – Rio de Janeiro/RJ**



**GEMT**

Grupo de Estudos da Magistratura do Trabalho

### **GEMT MPT– Ano Quatro– Quarta Rodada**

**Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2015**

Não cederás no que tange ao teu desejo

[Jacques Lacan](#)

**GEMT ESPETACULAR – O Quadro de aprovações oficiais do GEMT/JEMPE!**

**Número de juízes do trabalho já aprovados: 234**

**Procuradores do Trabalho: 40**

**Juízes estaduais: 09**

**Promotores de Justiça: 03**

## O GEMT está aqui!

---



Belíssimo cartão postal de Maceió/AL, o paraíso das águas, o Caribe brasileiro. Foto tirada do alto de um prédio da orla das praias de Ponta Verde e Pajuçara. A bela capital alagoana é a terra do brilhante participante Carlos Arthur de Figueiredo

### **Dicas de Português**

A colocação pronominal e as "forças de atração"

Por Thaís Nicoleti

"João Moreira Salles, um dos mais prestigiados documentaristas brasileiros, (...), não faz parte do coro otimista **que reúne-se** em torno do gênero no Brasil."

Os pronomes pessoais do caso oblíquo na forma átona podem aparecer antes da forma verbal (próclise) ou depois dela (ênclise). Em situações hoje pouco frequentes, podem interromper uma forma verbal - é a chamada mesóclise ("encontrá-lo-á", "documentá-lo-ia"), sempre com verbos no futuro.

Tais pronomes exercem nas orações a função de objeto (direto ou indireto), ou seja, são complementos dos verbos. Na ordem direta,

portanto, ficam depois dos verbos: "O rapaz telefonou-lhe", "A medida favoreceu-o" etc.

Há, entretanto, situações que levam à próclise. Por exemplo, as orações subordinadas desenvolvidas (não reduzidas de gerúndio, particípio ou infinitivo), portanto as que são iniciadas pelas conjunções subordinativas ou pelos pronomes relativos, requerem a próclise.

Para efeito de memorização, as pessoas dizem que as conjunções e pronomes relativos "atraem" o pronome átono. No trecho selecionado acima, observa-se que o redator negligenciou esse princípio. O pronome relativo "que" está claramente "atraindo" o pronome oblíquo átono "se". Assim: "que se reúne", não "que reúne-se".

Nessa história de atrair e ser atraído, tem havido muita confusão. Há quem imagine que a ênclise também seja fruto de uma espécie de atração exercida pelo termo posterior ao pronome. Por incrível que pareça, há muita gente fazendo esse raciocínio.

Que fique claro, portanto, que a tal "atração" só pode ser exercida pelo termo anterior, pelo termo que inicia a oração a que pertence a forma verbal. A ênclise não é fruto de atração por termo posterior, é, na verdade, a posição "natural", própria da ordem direta.

Mesmo no Brasil, onde a tendência é a universalização da próclise, a ênclise prevalece com os verbos no infinitivo ("É preciso detê-lo", "Vou contar-lhe"), com as formas de imperativo afirmativo ("Não saia daí e diga-me tudo o que ocorreu") e no início dos períodos ("Explicou-lhe tudo em detalhes").

Este texto não esgota o vasto capítulo da colocação pronominal em português.

Abaixo, a correção:

**João Moreira Salles, um dos mais prestigiados documentaristas brasileiros, (...), não faz parte do coro otimista **que se reúne** em torno do gênero no Brasil.**

1. As opiniões manifestadas neste fórum de debates não refletem, necessariamente, o posicionamento deste coordenador.
2. Os autores das respostas transcritas são os únicos responsáveis por eventuais erros de português. Este coordenador poderá corrigir determinados trechos sem, no entanto, se responsabilizar por eventuais equívocos não identificados em uma rápida revisão.
3. Atenção! As sentenças ou peças do MPT publicadas não são necessariamente selecionadas e podem conter imprecisões. O objetivo é evidenciar alguns equívocos e motivar comentários dos juízes colaboradores e deste coordenador.

**Colaboração:****Juízes do Trabalho**

Arlindo Cavalaro (Curitiba/PR)  
Roberto Soares (Brasília/DF)  
Fábio Lucas Sandim (Rio Branco/AC)  
Marco Aurélio Treviso (Uberlândia/MG)  
José de Barros (São Paulo /SP)  
Fernando Rocha (Belo Horizonte/MG)  
Fábio Branda (São Paulo/SP)  
Fábio Feijão (Belém/PA)  
Érika Izídio (São Paulo/SP)  
Fábio Adriano de Freitas (Campo Grande/MS)  
Celso Magalhães (Rio Branco/AC)  
Luciano Berenstein (Salvador/BA)  
Luciana Jereissati (Fortaleza/CE)  
Renata Ferreira (Guarulhos/SP)  
Patrícia Cipriano (Guarulhos/SP)  
Mariza dos Santos (São Paulo/SP)  
Eduardo Souza Braga (São Paulo/SP)  
Sílvio Luís de Souza (São Paulo/SP)  
Simone Soares Bernardes – Viçosa/MG  
Alessandra Lambert – Rio de Janeiro/RJ  
Luciano Brisola – Cotia/SP  
Vaneli Cristine de Mattos (Curitiba/PR)  
Alexandre Barros (Belo Horizonte/MG)  
Priscila Cota Pacheco (Belo Horizonte/MG)  
Camila Leal (Rio de Janeiro/RJ)  
Natália Sena (Belo Horizonte/MG)  
Cristiane Maria Gabriel (Cotia/SP)  
Renata Andrino (Rio de Janeiro/RJ)  
Sofia Lima Dutra (Belém/PA)  
Maria Lúcia Morando – (Curitiba/PR)

**Procuradores do Trabalho:**

Michelle Chermont (Niterói/RJ)  
Paulo Douglas (Rondonópolis /MT)  
Hiran M. Filho (Dourados/MS)  
Élisson Miessa (Sertãozinho/SP)  
Henrique Correia – (Franca/SP)

**QUESTÃO 01. Considerando a proibição do trabalho infantil, possível a concessão de direitos advinda de uma relação contrária a dispositivos legais?**

**ANA LÚCIA STUMPF GONZÁLEZ - PORTO ALEGRE/RS**

Ana, em linhas introdutórias, destacou a legislação internacional e interna a respeito do trabalho infantil, para, em seguida, traçar as diferenças entre trabalho ilícito e trabalho proibido e destacar que o trabalho infantil encontra-se inserido na hipótese daquele último e, portanto, em atendimento aos princípios que norteiam a matéria, embora seja nulo, tal declaração produz efeito ex nunc, concluindo nos seguintes termos: Em suma, considerando a proteção constitucional conferida aos direitos das crianças e adolescentes, bem como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República, e, ainda, com base em princípios basilares do direito, como o da razoabilidade e da impossibilidade de beneficiar-se o agente de sua própria torpeza, a hipótese de trabalho proibido de crianças e adolescentes reclama atuação firme de todos os responsáveis (a família, a sociedade e o Estado, este consubstanciado precipuamente pelo Ministério Público, a quem cabe zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis), a fim de garantir a reparação integral do dano, seja na esfera patrimonial, seja em âmbito extrapatrimonial.

1. A Constituição de 1988 insere no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Proteção Integral aos direitos das crianças e adolescentes, conforme art. 227, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar absoluta prioridade na garantia de tais direitos, bem como colocar seus destinatários a salvo de *toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*. A par disso, a Constituição de 1988 proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos do art. 7º, XXXIII. Tais garantias consistem em eco do esforço mundial na busca pela erradicação do trabalho infantil, capitaneado pela Organização Internacional do Trabalho, da qual é membro o Brasil, e consubstanciado

em importantes Convenções e Resoluções daquela Organização, mormente a Convenção 138, que trata da idade mínima de admissão ao emprego (estipulada esta como a que coincide com a finalização do ensino obrigatório) e foi ratificada pelo Brasil, bem como a normatização internacional acerca das piores formas de trabalho infantil, Convenção n. 182, ambas já integradas ao nosso ordenamento jurídico via Decreto legislativo.

Dessa garantia constitucional, extrai-se que o trabalho do adolescente menor de 14 anos e da criança é proibido em qualquer hipótese. Todavia, há que se distinguir o trabalho proibido do trabalho ilícito. Neste último, a Doutrina majoritária não cogita de possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício, nem mesmo de pagamento das parcelas trabalhistas decorrentes da prestação do trabalho. A exemplo do médico que presta serviços em clínica de aborto, o objeto ilícito impediria que o Poder Judiciário reconhecesse os efeitos do contrato de trabalho realizado em tais condições. De outro lado, o trabalho proibido não se confunde com o trabalho ilícito, porque, quanto àquele, admite-se a produção de efeitos.

De fato, a Doutrina majoritária defende que o trabalho prestado pela criança ou pelo adolescente menor de 14 anos, ou, ainda, a partir desta idade até os 16 anos, em contratação diversa do contrato de aprendizagem, e, entre 16 e 18 anos, em atividades insalubres e perigosas ou em período noturno, embora se trate de trabalho proibido, produz efeitos. Isso ocorre porque, tratando-se de relação de trato sucessivo, não é possível devolver ao adolescente ou à criança trabalhadora a força de trabalho despendida. Logo, a compensação se dá pela via do ressarcimento, eis que impossível o restabelecimento ao estado anterior.

Em tal situação, eventual tutela buscada perante o Poder Judiciário haveria de ser acolhida para reconhecer o vínculo de emprego, inclusive com anotação da CTPS para fins previdenciários, com respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes. Também se verificaria possível a condenação do empregador ao pagamento de todas as parcelas trabalhistas decorrentes do período da prestação de serviços



(como, por exemplo, salários, horas extras, aviso-prévio, férias, décimos terceiros salários, adicionais de insalubridade e periculosidade, adicional noturno, diferenças salariais por equiparação, diferenças salariais por observância de piso normativo, dentre outras), além de indenização pelos danos extrapatrimoniais apurados no caso concreto. Outrossim, evidentemente são devidos, em tal hipótese, os depósitos do FGTS, inclusive acrescidos da indenização compensatória de 40%, e a respectiva autorização para liberação.

Releva sinalar que a ação judicial, caso ajuizada antes de a vítima de exploração do trabalho infantil completar 16 anos, haveria de ser intentada mediante representação exercida pelos pais ou por quem quer que se detenha no caso o poder familiar, ou, na falta deste, pelo Ministério Público do Trabalho, ou, ainda, pelo Sindicato, pelo Ministério Público Estadual ou por Curador nomeado pelo Juízo, nos termos do art. 793 da CLT. Caso, todavia, fosse a demanda ajuizada após o adolescente completar 16 anos, seria caso de assistência, conforme art. 8º do CPC. Em qualquer caso, seria obrigatória a intervenção do Ministério Público do Trabalho. Ainda, convém ressaltar que, antes dos 18 anos, não corre a prescrição, tendo em vista o fato impeditivo haurido da incapacidade civil, nos termos do art. 440 da CLT. Desse modo, ainda que o trabalho tenha sido prestado, a título de exemplo, entre os 10 e os 14 anos de idade, e tenha a vítima de exploração ajuizado a demanda apenas após completar 18 anos, não estaria coberta pela prescrição a exigibilidade de quaisquer parcelas decorrentes daquela prestação de trabalho. Ou seja, não haveria que se falar em prescrição bienal ou quinquenal, na forma do art. 7º, XXIX, da Constituição da República. De todo modo, ainda que a ação judicial fosse intentada após o decurso dos cinco anos a contar da maioridade do empregado, ainda subsistiria a pretensão ao reconhecimento do vínculo e à anotação da CTPS para fins previdenciários, tendo em vista o caráter meramente declaratório, nos termos do art. 11, § 1º, da CLT.

Não se olvida que a Doutrina considera que o contrato de trabalho em tais casos é nulo, ou seja, a declaração de nulidade produziria efeitos *ex tunc*. Todavia, ainda que diante da nulidade, são admitidos efeitos, visto que, conforme já referido, não há como retornar as partes ao estado

anterior, eis que despendida a força de trabalho. Além disso, não seria tolerável admitir que o empregador, beneficiando-se da própria torpeza, lograsse eximir-se do pagamento das parcelas devidas, sob alegação de nulidade da contratação, o que acarretaria o enriquecimento ilícito. Por fim, há que se atentar à finalidade da proibição do trabalho da criança e do adolescente, que é, evidentemente, de proteção a estes, de sorte que tal proibição não pode ser invocada para fins de furtar-se o empregador ao cumprimento de suas obrigações, ou seja, em prejuízo dos destinatários da proteção legal.

Em suma, considerando a proteção constitucional conferida aos direitos das crianças e adolescentes, bem como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República, e, ainda, com base em princípios basilares do direito, como o da razoabilidade e da impossibilidade de beneficiar-se o agente de sua própria torpeza, a hipótese de trabalho proibido de crianças e adolescentes reclama atuação firme de todos os responsáveis (a família, a sociedade e o Estado, este consubstanciado precipuamente pelo Ministério Público, a quem cabe zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis), a fim de garantir a reparação integral do dano, seja na esfera patrimonial, seja em âmbito extrapatrimonial.

**FERNANDA PEREIRA BARBOSA – UBERLÂNDIA/MG)**

Fernanda apresentou excelente resposta ao abordar, em linhas introdutórias, a triste realidade vivenciada pelas crianças e adolescentes que são inseridas no mercado de trabalho, destacando, por oportuno, a legislação internacional e nacional, notadamente dispositivos constitucionais, bem como os princípios que regem a matéria (princípio da proteção integral). E, ao enquadrar o trabalho infantil como proibido, ressaltou que, embora nulo, produz todos os efeitos, em face da adoção das teorias das nulidades trabalhistas e princípios da proteção integral e prioridade absoluta, bem como situação especial da criança enquanto ser em desenvolvimento.

A inclusão de crianças e adolescentes no mundo do trabalho é uma prática atentatória à moral, verdadeiro vilipêndio à sua liberdade e dignidade, no sentido de que lhes ceifa a infância e inibe possibilidades



concretas de desenvolvimento físico, psíquico, social e econômico, perpetuando o ciclo da pobreza, pois dificulta o seu acesso à escola.

Apesar de proibido, o trabalho infantil não foi erradicado; e a ordem jurídica mundial, sensível a tal problema, instituiu diversos diplomas de proteção de crianças e adolescentes, destacando-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, reconhecendo o direito da criança a proteção especial, salvaguardando-a de qualquer espécie de exploração, o que também consta da Convenção da ONU sobre Direitos das Crianças. Saliente-se que a OIT declarou a erradicação do trabalho infantil princípio fundamental do trabalho, destacando-se, ainda, as Convenções 138 e 182 e Recomendações 146 e 190.

A Carta Magna de 1988, abandonando a doutrina do menor em situação irregular, adotou o Princípio da Proteção Integral, determinando, em seu art. 227, que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, merecendo proteção contra qualquer espécie de abuso e violência, sendo que tal princípio foi densificado normativamente em 1990 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O fundamento da proibição do trabalho infantil e proteção do trabalho do adolescente repousa em razões fisiológicas, socioculturais, razões de segurança e de moralidade. Nesta senda, a CRFB, artigo 7º, XXXIII, traz como direito fundamental social a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

A ordem jurídica pátria, portanto, prevê o direito fundamental ao não trabalho às crianças e o direito à profissionalização aos adolescentes. Desta feita, não merece prosperar o contrato de trabalho firmado junto a jovem menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, bem como não será válido o contrato de trabalho de jovem com idade entre 16 e 18 anos que inclua o exercício de atividades perigosas ou insalubres.

Sendo contrário a normas constitucionais e legais, além de contrariar princípios e direitos fundamentais que contam com assento constitucional, o contrato de trabalho infantil é eivado de nulidade

absoluta, não podendo subsistir, salvo nos casos expressamente previstos em lei em que se mostra possível a autorização judicial para tanto.

A despeito da nulidade do contrato de trabalho infantil, tendo em vista a proteção integral conferida à criança e ao adolescente, bem como a impossibilidade de retorno ao *status quo*, diante da impossibilidade de se restituir à criança a força de trabalho outrora dispendida, aplica-se, no presente caso, a Teoria Trabalhista das Nulidades.

Isso porque o trabalho infantil trata-se de modalidade de trabalho proibido, não se confundindo com o trabalho ilícito, sendo este último caracterizado pela ilicitude do seu próprio objeto, atentando, normalmente, contra normas de natureza penal.

O trabalho proibido é aquele realizado em desacordo com o ordenamento pátrio, mas cujo objeto é lícito, tal como ocorre com o trabalho infantil, contratação de pessoal pela Administração Pública sem prévio concurso público. Diante da licitude do objeto, confere-se ao trabalho proibido alguns efeitos, não obstante a nulidade do contrato de trabalho.

No caso do trabalho infantil, considerando a doutrina a extensa rede de proteção conferida às crianças e adolescentes, diante da adoção dos Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta, considerando-se a situação especial da criança de ser em desenvolvimento, bem como levando-se em consideração a impossibilidade de retorno ao *status quo*, pela impossibilidade de devolver a força de trabalho, à criança trabalhadora são conferidos todos os direitos trabalhistas e previdenciários próprios de um contrato de trabalho típico.

Nesta senda, deverão ser pagos os salários pelos dias trabalhados, horas extras eventualmente laboradas, férias, 13º, FGTS, contribuições previdenciárias, enfim, todas as verbas e direitos trabalhistas e previdenciários deverão ser conferidos à criança e ao adolescente em situação de trabalho irregular.

A aplicação da teoria das nulidades civilista, com efeitos ex tunc e impossibilidade de se conferir direitos advindos do contrato de trabalho infantil, além de se mostrar extremamente injusto e prejudicial à criança

trabalhadora, confere uma maior vantagem ao empregador, que terá se beneficiado efetivamente da força de trabalho e, para tanto, não terá de despendar quaisquer quantias.

Apesar do vasto arcabouço jurídico, pautado primordialmente pelo princípio da proteção integral, a realidade no nosso país ainda é de extrema exploração do trabalho infantil, o que enseja a intensificação da atuação do MPT, através de seu papel de promotor social, buscando a erradicação da exploração do trabalho infantil e a efetiva proteção integral da criança e do adolescente, com o intuito de garantir a dignidade destas pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.

Além da tradicional atuação repressiva, deve-se valorizar a atuação preventiva do MPT, por meio do incentivo à contratação de aprendizes, por exemplo. Deve-se considerar a necessidade premente de transformação cultural da sociedade quanto à errônea aceitação e aprovação do trabalho infantil.

A tutela da criança e do adolescente, com a extirpação da exploração infantil e do labor precoce promove o crescimento saudável da criança, a qual terá a possibilidade de brincar, de se dedicar a tarefas lúdicas, enfim, de viver a infância em sua plenitude, tornando-se, no futuro, um adulto completo e com plenas possibilidades de romper com o ciclo da pobreza.

#### **JOÃO ANTÔNIO LOPES FERREIRA – BELO HORIZONTE/MG**

João, em uma abordagem diferenciada, traçou em linhas introdutórias os elementos do contrato de trabalho para, ao discorrer sobre o trabalho infantil, inseri-lo na hipótese de trabalho proibido que, embora seja nulo, produz efeitos trabalhistas, em face da necessidade de se proteger a criança e o adolescente encontrado em situação vulnerável.

A morfologia do contrato de trabalho, similarmente ao que ocorre com o direito privado clássico, revela a existência de três elementos. São eles, os elementos essenciais, os naturais, e os acidentais. Estes últimos são elementos raros, de pouca aplicação nas relações de trabalho, como a condição, por exemplo. O segundo consiste em elementos cuja ausência não macula o contrato, porém, são comuns no cotidiano, como ocorre

com a jornada de trabalho, cujos limites já são determinados na norma heterônoma. Finalmente, os elementos essenciais são aqueles cuja ausência compromete a existência ou a validade do contrato.

Desta feita, figuram como elementos essenciais do contrato aqueles pontuados pela norma civil (art. 104, do CC), quais sejam, a capacidade das partes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não vedada em lei. No ramo trabalhista, deve ainda ser somada a legítima manifestação da vontade.

Conforme destacado, a ausência de algum dos elementos essenciais pode dar ensejo à anulação do contrato. Importando a teoria clássica civilista, ter-se-ia que a nulidade do contrato é absoluta, e sua declaração gera efeitos *ex tunc*. Por sua vez, os casos de anulabilidade surtiriam, apenas, efeitos *ex nunc*. Contudo, como a regra geral do direito privado deve passar por certa adaptação antes de ser aplicada ao ramo especializado justrabalista, é preciso ponderar acerca dos efeitos que a ausência dos elementos essenciais do contrato surtiria nas relações de emprego.

Isso porque, se na esfera civil clássica a incapacidade absoluta daria causa à nulidade do contrato, restituindo as partes o *status quo ante*, na esfera trabalhista essa hipótese é rechaçada, eis que não é possível restituir ao incapaz sua energia, seu empenho, sua criatividade, enfim, os aspectos de sua personalidade empenhados na atividade do empregador. Hipótese distinta seria, por outro lado, a ilicitude do objeto contratual, como o emprego da força de trabalho em atividade criminosa, hipótese de nulidade plena, incapaz de gerar qualquer direito.

Nesse contexto, porém, mister se faz analisar a capacidade das partes no contrato de trabalho sob a ótica protetiva que o ramo especializado do Direito confere ao menor, o qual, inclusive, integra os chamados grupos sociais vulneráveis. A propósito, e de modo geral, há um esforço entre as nações civilizadas em reprimir o trabalho do menor de 18 anos, o que pode ser constatado na Convenção 138, da OIT. No Brasil, admite-se,

mediante certas restrições, o trabalho do maior de 16 anos, e, exclusivamente na condição de aprendiz, do maior de 14 anos.

Destarte, frise-se que as restrições ao trabalho do menor representam uma proteção à criança e ao adolescente, de modo que a liberação gradativa à execução de determinadas atividades fundamenta-se na própria condição de pessoa em desenvolvimento. Daí a proibição de qualquer trabalho penoso, insalubre ou perigoso aos menores de 18 anos (CF, art. 7º, inciso XXIII, e Convenção 182, OIT), e, de modo geral, as modalidades de trabalho permitidas aos menores de 16 anos devem privilegiar o aspecto educacional em detrimento do aspecto produtivo.

É certo, porém, que casos há em que a força de trabalho do menor é aproveitada na exploração de atividade econômica, em flagrante violação às normas imperativas. Nessas hipóteses, nitidamente há a ausência de um dos elementos essenciais do contrato de trabalho. Contudo, como já pontuado, os efeitos da ausência da capacidade da pessoa do empregado não pode, simplesmente, induzir à recomposição do *status quo ante*.

No entanto, uma vez que a proibição do trabalho do menor é uma regra de proteção à dignidade da criança ou do adolescente, necessário que o contrato seja imediatamente extinto. No que tange, porém, a produção de direitos, há certo dissenso na comunidade jurídica.

Há quem defenda a impossibilidade de proporcionar ao menor os direitos assegurados pela norma imperativa, pois, uma vez que o ordenamento proíbe o trabalho do menor, a legislação trabalhista não o beneficiaria, embora fosse possível uma indenização em decorrência da violação do direito à educação, ao lazer, à dignidade, e por ser explorado em trabalho que não lhe respeitou a condição de pessoa em desenvolvimento.

Filho-me, porém, à corrente que, não obstante admitindo o direito de uma indenização ao menor pelos motivos acima destacados, entende ainda ser aplicável, em sua integralidade, a norma protetiva trabalhista.

Deveras, se o objetivo da norma trabalhista é proteger a dignidade do trabalhador, garantindo um patamar de direitos visto pelas nações

civilizadas como o mínimo necessário para uma existência digna, afastar tais direitos de grupos sociais vulneráveis, que carecem de proteção especial da norma protetiva, iria contra a lógica que norteia o Direito do Trabalho, representada pelo princípio protetor.

**LUANA OLIVEIRA, Salvador/Ba**

Luana mencionando os diversos dispositivos legais que preceituam a respeito da proibição do trabalho infantil, traçou as diferenças entre trabalho proibido e ilícito, enquadrando o trabalho infantil na primeira hipótese, e manifestou-se no sentido de todos os direitos trabalhistas são devidos, mesmo estando-se em face de um trabalho nulo, posto que, neste caso, o labor humano jamais poderá ser restituído e, ainda, por estamos tratando de crianças e adolescentes, que possuem absoluta prioridade.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal em seu art. 7º, XXXIII, é proibido o trabalho infantil, qual seja, de crianças e adolescentes menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos.

Essa diretriz etária foi ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts 60 a 69) quando trata do direito à profissionalização e ao trabalho. Isto porque, com o advento do estatuto acima destacado (o ECA), as crianças e adolescentes passaram a ser vistas como sujeitos merecedores de proteção integral uma vez que encontram-se em uma condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, tendo absoluta prioridade. Ou seja, abandonou-se de forma salutar a anacrônica Teoria do Menor Infrator.

Essa preocupação com o desenvolvimento da criança e do adolescente que perpassa fundamentalmente por duas diretrizes quais sejam, proibição do trabalho infantil e acesso à educação de qualidade, encontra disciplina também em alguns documentos internacionais, entre os quais: Convenções da OIT nºs 138 e 182, recomendações da OIT nºs 146 e 190, Convenção da ONU sobre os direitos da Criança de 1989, Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de menores de 94 e outras Convenções da OIT não tão conhecidas como as de nº 6, 16 e 124.

Como dito, no Brasil é proibido o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz de acordo com os arts 428 a 433 da CLT e com o



Decreto 5598 de 2005. O MTE também publicou a Instrução Normativa 97/12, que trata da aprendizagem.

Também é trabalho proibido pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro aquele realizado por adolescentes entre 16 e 18 anos em período noturno, em condições insalubres, perigosas ou penosas (CF, art. 7º).

O conceito de trabalho proibido no Direito do Trabalho especifica-se como sendo aquele labor que, de *per si* é lícito, tornando-se apenas proibido por ser realizado por pessoas que não tinham a permissão de fazê-lo ou pelo menos não naquelas condições. Por exemplo, caso uma pessoa de 20 anos realize aquele trabalho feito por uma criança de 12 anos, o labor será realizado em conformidade com o direito, de forma válida.

Esse conceito se distancia do de trabalho ilícito, que é aquele considerado um crime ou uma contravenção, não sendo admitido seja por quem ou em quais condições realizado.

Para as situações acima destacadas, trabalho proibido e trabalho ilícito, há consequências jurídicas diversas.

O trabalho ilícito não tem validade para o Direito do Trabalho pois lhe falta um dos elementos formadores da relação jurídica regular, o objeto lícito. Trata-se, por exemplo, do jogo do bicho e tráfico de drogas. Nesses casos, não há como se considerar a existência de relação de emprego ou de outra espécie de trabalho pois este pressupõe objeto legal, labor dentro dos limites legais. Nesse caso o contrato é nulo de pleno direito (art. 9º da CLT) não tendo direito o vindicante a qualquer parcela trabalhista.

Excetua a doutrina aquele trabalhador que, apesar de inserido na ilicitude laboral, não tem consciência disso, a exemplo do motorista de veículo que transporta a droga sendo que ele acha que está transportando mercadoria lícita. Outra exceção seria, por exemplo, a responsável pela limpeza de um prostíbulo que, apesar de ter ciência do local onde presta serviços e, até mesmo da ilicitude da exploração sexual de outrem, não tem a sua atividade diretamente vinculada ao ilícito, ou seja, sem o seu labor o crime se aperfeiçoaria da mesma forma.

Quanto ao trabalho proibido, as consequências são calculadas tendo em conta a especificidade da teoria das Nulidades do Direito do Trabalho. Essa Teoria se apresenta como nota distintiva à Ciência do Trabalho uma

vez que nesta seara o bem explorado é o labor humano, energia esta que, em sendo utilizada, jamais poderá ser devolvida. E é por isso que, de alguma forma deve haver uma retribuição a essa prestação.

Nesse caso, a corrente majoritária reconhece que o contrato é nulo de pleno direito com efeitos *ex nunc*, ou seja, do reconhecimento da nulidade para a frente. Sendo assim, todos os direitos trabalhistas gerados até o momento devem ser adimplidos.

Essa corrente sofre críticas por gerar os mesmos efeitos de um trabalho realizado em conformidade com as condições e circunstâncias exigidas pela CLT. Entendem que deveria ser gerada uma indenização cujo valor expressaria exatamente o quanto devido no caso de trabalho não proibido. Porém, nesse caso, o tempo de serviço e de contribuição não contariam para efeitos de aposentadoria no futuro, ou para estabilidade e indenização e também não teria o vínculo anotado na CTPS. Isso é injusto e beneficiaria o empregador com relação à isenção da contribuição previdenciária referente aos valores pagos àquele empregado.

Ainda que o empregado realizador do trabalho proibido (o menor no caso do enunciado, como também o imigrante com permanência ilegal) saiba da proibição do seu labor, não deve ser ele penalizado, pois vivemos em um país onde a realidade do desemprego ainda assola muitos municípios. Aceitaram o emprego, portanto, por necessidade, por falta de escolha. Assim, me filio à corrente que considera pela nulidade *ex nunc*, por entender a mais justa.

#### **LUIZ ARMANDO CEREZA – CAÇADOR/SC**

Luiz mencionando os diversos dispositivos legais que preceituam a respeito da proibição do trabalho infantil, internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, entende pela necessidade de se assegurar ao adolescente e/ou criança todos os direitos trabalhistas advindos de uma relação ilícita ou ilegal, em decorrência de sua condição especial de ser em desenvolvimento.

A tutela dos direitos do trabalho infantil extrapola o âmbito territorial do Brasil, e se configura como uma das prioridades da Organização Internacional do Trabalho e de todos aqueles Estados que possuem

relações internacionais tanto entre si, como com organismos internacionais que assegurem proteção à criança e ao adolescente.

Todo o histórico da evolução dos direitos trabalhistas corrobora com a luta desenfreada para a redução da jornada de trabalho das crianças e adolescentes, bem como, o acesso aos direitos sociais.

O art. XXV, 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos já assegurava a proteção à infância e à maternidade com cuidados e assistências especiais. O pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966 também garante, no seu art. 24, medidas de proteção à criança por parte da família, do estado e da sociedade, levando em consideração a sua condição de menor.

O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, em seu art. 10, 3 determina que os Estados partes deverão adotar medidas especiais de proteção e assistência às crianças e adolescentes, sem quaisquer distinção, devendo protegê-las contra a exploração econômica e social, afastando-as de trabalhos que sejam nocivos à moral, à saúde ou que prejudiquem o seu desenvolvimento.

Além desses diplomas, com caráter principiológico implícitos ou explícitos, como os pactos alhures, que estão expressamente inclusos no ordenamento jurídico pátrio, o Brasil ratificou as convenções nº 6 (trabalho noturno dos menores na indústria); nº 124 (exame médico em menores em trabalho subterrâneo); nº 138 (idade mínima de admissão no emprego); nº 182 (proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação) e as recomendações 146 e 190.

A OIT elegeu como prioridade fundamental o combate ao trabalho infantil, através das convenções 138 e 182.

A Constituição Federal de 1988, em consonância com normas de direito internacional assegura proteção ao trabalho infantil, através do art. 7º, XXXIII; art. 227 caput e parágrafos.

Nessa linha, o estatuto da criança e do adolescente veio sedimentar a doutrina da proteção integral prevista na CF/88 e apresentar outras normas de proteção específica à criança e ao adolescente.

Dentro da tutela de proteção ao menor, o §3º do art. 227 da CF/88 assegura que são garantidos os direitos trabalhistas e previdenciários, o

acesso do trabalhador adolescente à escola, e a idade mínima de 14 anos na condição de aprendiz, e a de 16 como trabalhador regular, vedados trabalhos noturnos, perigosos e insalubres ao menor de 18 anos.

Essas normas consistem em tutela do Estado em relação aos menores de 18 anos, assegurando-lhes proteção especial.

Nessa seara, sendo o adolescente ou criança utilizada em qualquer forma de trabalho ilícito ou ilegal, seus direitos são assegurados em decorrência de sua condição especial. Contrário sensu, esse menor seria duplamente penalizado, pois não receberia seus direitos trabalhistas e/ou previdenciários, e ao mesmo tempo, teria seus direitos sociais garantidos constitucionalmente tolhidos.

Nesse sentido, o C. TST tem apresentado em sua jurisprudência um entendimento diferenciado em relação às partes contratantes, conforme a sua natureza jurídica, como demonstrado a seguir.

Quando as partes são legítimas, porém o objeto é ilícito, infringindo o art. 104 do CC, o negócio jurídico é nulo, não produzindo quaisquer efeitos trabalhistas, como exemplo, o apontador do jogo do bicho, ou capataz que é pago para matar alguém.

Quando de uma parte houver administração pública que formalizou contrato de trabalho forjando concurso público, o contrato é nulo, na forma do art. 37, II, §2º da CF/88, no entanto em decorrência da efetiva prestação de serviço em favor de ente público, há uma relativização dos efeitos da nulidade, recebendo o prestador de serviços o salário hora praticado e o depósito do FGTS.

Na realização do negócio jurídico, através do contrato de trabalho, em que é parte adolescente ou criança, o ordenamento jurídico o ampara integralmente, não permitindo que a parte que se beneficiou com a sua prestação de serviço saia em vantagem, garantindo assim ao menor todos os direitos trabalhistas e previdenciários em decorrência de seu trabalho. permitindo ainda, no caso concreto, o pleito de indenização por danos morais decorrente de seu afastamento dos direitos sociais garantidos constitucionalmente através do art. 7º. 227 e art. 5º, §§2º e 3º.

Diante disso, o recebimento de direitos em decorrência de trabalhos ilegais, que ferem o ordenamento jurídico, como horário, meio ambiente

do trabalho e outros também são devidos aos trabalhadores menores, tendo o MPT papel relevante nessa proteção, atuando coletivamente (lato sensu) ou em proteção do meio ambiente do trabalho de acordo com o art. 127 e 129, III e IX da CF/88 e pela declaração da Carta de Brasília de 2008, assegurando os direitos às crianças e adolescentes primando pela proteção integral e a sua peculiar situação de desenvolvimento.

### **MARIA TEREZINHA MOURÃO MAFRA - BELO HORIZONTE/MG**

Maria Terezinha, ao tratar do tema referente ao trabalho infantil proibido, destacou a legislação aplicável, defendendo o pagamento de todas as verbas trabalhistas e, ainda, destacou a solução caso a caso a depender da idade da criança e/ou adolescente, discriminando as providências que devem ser tomadas.

Inicialmente é importante estabelecer o que se entende por trabalho infantil proibido. A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 7º, inciso XXXIII, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e proíbe qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos de idade. A CLT, por sua vez, trata da matéria nos artigos 403 e 404, acrescentando que "o trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola". Além disso, a Convenção 182, da OIT, ratificada pelo Brasil, dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil e considera criança toda pessoa até 18 anos de idade. Regulamentando a citada Convenção, o Decreto 6.481/2008, lista as piores formas de trabalho infantil, dentre elas, o trabalho doméstico, e proíbe o trabalho dos menores de 18 anos nestas atividades. Assim, tudo o que se encaixar nas situações previstas nas normas legais citadas é considerado trabalho infantil proibido.

O ordenamento jurídico pátrio adota a doutrina da proteção integral e a finalidade de se estabelecer idades limite para o trabalho de

crianças e adolescentes é a proteção, com absoluta prioridade, dessas pessoas, consideradas, ainda, em fase de formação.

Assim é que o contrato firmado com menor de 16 anos de idade, nas situações proibidas, deve ser declarado nulo por dois motivos: a incapacidade civil (artigo 3º, I, do Código Civil) e por proibição de trabalho (artigo 7º, XXXIII, CF). No entanto, em que pese a nulidade, não é possível nesse caso, restituir o trabalhador, criança ou adolescente, à sua situação anterior, uma vez que já entregou a sua força de trabalho em benefício do empregador. Aplica-se, assim, a teoria trabalhista das nulidades, segundo a qual o contrato será válido e produzirá efeitos até a data da decretação da nulidade (efeitos *ex nunc*). Não se aplica o disposto no artigo 166 do Código Civil, privilegiando-se o princípio da proteção do trabalhador. E, em razão disso, conforme doutrina majoritária, à qual me filio, seriam devidos todos os direitos trabalhistas até a data da decretação da nulidade, até mesmo porque, se assim não fosse, haveria enriquecimento indevido daquele que usufruiu da força de trabalho da criança ou adolescente. É cabível, inclusive, a anotação da CTPS e o recolhimento das contribuições previdenciárias, computando-se o período trabalhado como tempo de serviço.

É preciso registrar, no entanto, que dentre as posições doutrinárias divergentes, umas se direcionam no sentido de que nada ser devido a título de verbas trabalhistas, em razão da nulidade absoluta; outras entendem que são devidos apenas os saldos de salário e o FGTS. Alice Monteiro, por sua vez, sustenta ser cabível apenas o pagamento de uma indenização, pois não haveria suporte legal para o pagamento das verbas trabalhistas.

Adotando-se a corrente majoritária, que determina o pagamento de todas as verbas trabalhistas, há que se considerar, ainda, na solução de cada caso, a idade da criança ou do adolescente encontrado em situação de trabalho proibido. **Sendo menor de 14 anos, a criança deve ser afastada do local de trabalho e encaminhada a rede de proteção social da infância e juventude. Se adolescente entre 14 e 15 anos, pode-se, se**



possível, adequar o contrato de trabalho às regras do contrato de aprendizagem, caso contrário, deve ser decretada a nulidade do contrato, com o seu afastamento do trabalho e encaminhamento à rede de proteção social. Se, por fim, se tratar de adolescente entre 16 e 18 anos e desde que não se trate das hipóteses de trabalho proibido, como os constantes do Decreto 6.481/2008 (piores formas de trabalho infantil) ou o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, deve-se fazer o registro competente.

**QUESTÃO 02. Contrato de empreitada típico realizado para a abertura de picadão (passagem) em propriedade rural. O empreiteiro contrata trabalhadores para a empreitada. O proprietário rural paga o empreiteiro. Este não paga os trabalhadores. Há responsabilidade do proprietário rural sobre a contraprestação dos trabalhadores? Analise sob a ótica dos princípios constitucionais fundamentais e normas que regem os contratos.**

**LUIZ ARMANDO CEREZA – CAÇADOR/SC**

Seguindo o entendimento de boa parte dos participantes, Luiz destacou pela possibilidade de responsabilidade do proprietário rural, seja na modalidade solidária ou subsidiária, com fundamento na dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da propriedade e ditames da boa-fé e probidade.

A terceirização trouxe uma alteração na formação regular do contrato de trabalho, onde o contrato comutativo típico dessa relação, com a obrigação de prestar o serviço e receber o salário, e a obrigação de pagar pelos serviços e recebê-los sofreu alteração substantiva, com a interposição de uma terceira pessoa nessa relação.

Era chegada uma nova fase da relação de trabalho que alterou a formação do contrato bilateral, com a não coincidência entre o empregador real e o aparente. Há uma alteração do princípio da

“ajenidar”, quem adquire originariamente os serviços não é mais o beneficiário direto da prestação, mas terceira pessoa.

O contrato de empreitada, e mais especificamente o de subempreitada, está previsto no art. 455 da CLT e foi referência pioneira na previsão da terceirização de mão de obra, apontando inclusive os responsáveis em caso de inadimplência dos créditos dos trabalhadores.

No entanto, tal previsão celetista surgiu em decorrência dos contratos de obras da construção civil, onde à época, era necessária a participação de outros ramos empresariais na construção civil, para que as obras de grande monta fossem concluídas.

Dada essa previsão, o art. 455 da CLT é aplicável à construção civil ou a situações de terceirização semelhantes, inclusive com entendimento jurisprudencial do C. TST de que o dono da obra não responde subsidiariamente pela inadimplência dos créditos trabalhistas do empreiteiro principal, salvo se o dono da obra se tratar de empresa de construção civil ou incorporadora do ramo.

A terceirização decorrente de abertura de passagem em área rural é situação diferenciada, que não necessita de vários ramos de atividade para a sua completa realização.

Ao formalizar o contrato de empreitada, o proprietário tem facilidade para fiscalizar tanto o cumprimento das condições do contrato, quanto às condições laborais em que esse está se desenvolvendo.

De mais a mais, é sabido que os empregados rurais foram por muitas décadas mantidos afastados de acesso a informação, relacionada à educação, cultura, e outros direitos sociais, o que lhes tornam mais susceptíveis de serem lesados patrimonialmente e socialmente pela realização de contratos espúrios com empreiteiros mal intencionados.

Dessa maneira, de acordo com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, art. 170 caput e III que preza pela função social da propriedade, não pode o trabalhador que efetivamente prestou o serviço de interesse do tomador ficar desamparado pela atitude ilícita do empreiteiro.

Nessa linha, a realização e execução dos contratos devem respeitar a sua função social, e os ditames da boa-fé e probidade, conforme arts. 421 e

422 do CC, com efeitos para além das partes contratantes. Efeitos esses que atingem terceiras pessoas, como os trabalhadores prestadores de serviços, que foram ilicitamente ludibriados ao não receberem por seu trabalho.

Insta apontar que o MPT deve atuar no combate às terceirizações ilícitas ou ilegais (art. 127, 129, III e IX da CF/88 e art. 83 da LC 75/93), bem como, na defesa dos direitos dos trabalhadores, mormente quando se trata de trabalhadores com baixo nível social e econômico, como a grande massa de rurais pelo Brasil afora.

Diante disso, há que se aplicar o “distinguishing” para a interpretação do art. 455 da CLT e do entendimento jurisprudencial do C. TST em relação aos contratos de empreitada da construção civil e o caso apresentado. De modo que, os trabalhadores que tiveram seus direitos sociais e econômicos, assegurados constitucionalmente, lesados merecem restituição e compensação satisfatória, devendo o proprietário da área rural arcar com essa restituição solidariamente na forma do art. 942 do CC, ou minimamente subsidiariamente na forma da súmula 331 do C. TST.

### **JOÃO ANTÔNIO LOPES FERREIRA**

O participante, discorrendo a respeito do contrato de empreitada, destacou que, analisando-se a situação hipotética apenas em face da legislação vigente e entendimento jurisprudencial, o proprietário rural não poderia ser responsabilizado por verbas trabalhistas devidas pelo empreiteiro. Não obstante, considerando que as relações em geral devem preservar a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, bem como a garantia dos direitos sociais, torna-se, perfeitamente possível a responsabilização do tomador de serviços pelas verbas inadimplidas.

A empreitada é um contrato de natureza civil, equivalente ao instituto romano da *locatio operis*, e representa a contratação onerosa de determinada obra, que será executada pelo prestador, em benefício do tomador dos serviços. Difere-se da relação de emprego pela ausência da

subordinação, pois o prestador de serviços exerce as atividades com autonomia, com liberdade para dirigir a execução dos trabalhos. Outrossim, também a pessoalidade não é um traço inerente a essa modalidade de contrato.

Assim, a questão proposta é saber se em referida modalidade contratual, no desrespeito de direitos trabalhistas pelo empreiteiro, o tomador dos serviços estaria obrigado a honrar as prestações não adimplidas.

Primeiramente, oportuno salientar que a Consolidação das Leis do Trabalho não traria amparo a semelhante pretensão. Inclusive, esta seria a justificativa para a redação da OJ nº 191, da SDI I, do TST. Para a instância máxima em matéria trabalhista, o texto celetista apenas traria amparo para que os empregados do subempreiteiro pleiteiem, diretamente, contra o empreiteiro principal (art. 455, CLT).

Propõe-se, contudo, que a análise do caso passe, primeiramente, pela dignidade da pessoa dos trabalhadores, os quais, amparados pela norma imperativa trabalhista, devem ter satisfeitos os direitos que decorrem da prestação de serviço realizada. Outrossim, na medida em que alça os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa à condição de princípio fundamental, a Carta Magna defende a necessidade de assegurar a todos uma existência digna, mediante o respeito aos direitos sociais.

Sob essa ótica, é possível concluir que nem sempre o tomador dos serviços de empreitada estará livre da satisfação dos direitos trabalhistas desrespeitados pelo empreiteiro, sobretudo quando o tomador desempenhar atividade econômica, ou se enquadrar no conceito do art. 2º e seu parágrafo 1º, da Consolidação.

Recorde-se ainda que a função social do contrato enfatiza a finalidade coletiva do instituto, de modo que o contrato seja interpretado e visualizado conforme o contexto em que é celebrado. Assim, tendo em vista que o contrato deve atender aos interesses da pessoa humana, e, nesse diapasão, não pode servir como justificativa para a violação de direitos alheios, ainda que se trate de pessoas estranhas (terceiros) ao contrato (eficácia externa da função social do contrato).

Outrossim, destaque-se que, conforme o artigo 186, da Constituição da República, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende,

dentre outros requisitos, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, bem como a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ademais, pontue-se que a subempreitada é uma prática que muito se aproxima do conceito de marchandage, quando alguém busca lucrar com a força de trabalho alheia, e, nesse sentido, a declaração universal dos direitos do homem a declarar que o trabalho humano não é uma mercadoria.

Assim, revela-se possível a responsabilização do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas não adimplidas pelo empreiteiro.

### **DEBORAH DE PAULA CALDAS – BELO HORIZONTE/MG**

A participante ao tratar da problemática trazida a análise, destacou em linhas introdutórias o conceito do contrato de empreitada, traçando as diferenças com a relação de emprego e, com base nos princípios da dignidade humana, boa fé e função social dos contratos, defendeu a responsabilidade solidária do proprietário rural pela contraprestação devida aos trabalhadores contratados pelo empreiteiro.

O contrato de empreitada, cuja previsão legal encontra assento nos termos do art. 610 e ss. do CC, destina-se à regulamentar a relação de trabalho estabelecida entre aquele que necessita da realização de uma obra em seu favor e aquele que, empregando seus esforços pessoais e, por vezes, materiais, executa o trabalho necessário à construção do objetivo.

Essa realização dar-se-á mediante remuneração, sendo facultado por prévio ajuste, o fornecimento dos materiais necessários à execução do trabalho, diretamente pelo dono da obra ou pelo próprio empreiteiro.

Em que pese o dispêndio da força de trabalho em favor de alguém mediante a contraprestação remuneratória, quando respeitados os dispositivos legais, o contrato de empreitada não se confunde com o contrato de trabalho.

Dessa forma, requisitos como a pessoalidade e a não eventualidade, se atendidos os ditames legais, não se configuram, haja vista que na contratação de um empreiteiro específico, não se exigem trabalhadores certos, tampouco há relação diretiva direta entre os obreiros e o dono da obra. No que tange à eventualidade, a obra contratada não deve possuir natureza contínua ou temporária, mas sim pontual.

Constitui liberalidade do empreiteiro a escolha de quem colaborará na execução do trabalho, bem como configura obrigação sua a direção e fiscalização do trabalho desses obreiros.

Isso porque, o objeto que sustenta o desenvolvimento da relação de empreitada não configura o objetivo social que fomenta a existência do dono da obra, pois, a obra pode até ser necessária ao estabelecimento, mas ela, em si, é apenas um meio, e não o fim social do seu proprietário.

Considerando a regularidade do contrato de empreitada, um de seus deveres anexos consiste na contratação da força de trabalho necessária à execução da obra.

Ocorre que, após a promulgação da Constituição de 1988, que centralizou na dignidade humana a fundação e sustentação de todo o ordenamento jurídico, todas as relações desenvolvidas dentro do território brasileiro sofreram uma releitura à luz dos princípios constitucionais, devendo, para serem reputadas válidas, observar tanto o princípio da dignidade humana, como a boa fé e a função social dos contratos.

Nesse sentido, a princípio, a responsabilidade pela contratação e pagamento direto aos obreiros que contribuíram na execução da obra é imputada ao empreiteiro. No entanto, face aos princípios supra descritos, um dos deveres anexos decorrentes do contrato firmado é justamente que este não se preste à violar o direito alheio.

É inegável que o dono da obra tinha conhecimento da necessidade da contratação de terceiros para a execução do contrato. Assim, era dever seu, exigir prova de que os pagamentos dos trabalhadores estavam sendo realizados conforme determina a ordem jurídica.



Ao ignorar deliberadamente sobre quais condições a passagem foi aberta no seu terreno, o proprietário rural contribuiu para a lesão sofrida pelos trabalhadores que, apesar de dispenderem esforços, não receberam a contraprestação devida e contratada. A abstenção do dono da obra, nesse aspecto, configurou negligência tipificando a ilicitude omissiva, e atraiu para si a responsabilidade solidária, consoante previsto nos arts. 186 e 942, parte final, do CC.

Portanto, respeitando entendimentos contrários, e considerando a dignidade assegurada aos trabalhadores, bem como a boa-fé, a função social do contrato e a natureza alimentar das verbas trabalhista, bem como os preceitos insculpidos nos arts. 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, XXIII e 7º, IV da CR c/c art. 5º da CLT e arts. 186 e 942 do CC, entendo que o proprietário rural é responsável solidário pela contraprestação devida aos trabalhadores contratados e não pagos pelo empreiteiro.

**(FERNANDA PEREIRA BARBOSA – UBERLÂNDIA/MG)**

Fernanda, manifestando opinião contrária da colega Deborah, destacou que, mesmo em face dos princípios da boa fé objetiva, função social do contrato e valorização do trabalho, não se tem como responsabilizar o proprietário rural na presente hipótese, posto que a relação entre este e o empreiteiro é meramente civil e não possui o condão de gerar efeitos trabalhistas, além de não estar nas hipóteses previstas no art. 455 da CLT e OJ 191 da SDI1 do TST.

A responsabilidade pela reparação de uma lesão causada a direito de outrem, via de regra, ocorre na modalidade direta, responsabilizando-se aquele que deu causa ao dano, ou, no caso da responsabilidade trabalhista, responsabiliza-se diretamente o empregador, tendo em vista que é este quem assume os riscos da atividade (art. 2º da CLT).

Há casos, contudo, em que a responsabilidade direta não se mostra apta e nem tampouco suficiente para a recomposição do dano causado; nestes casos, o sistema jurídico prevê a responsabilidade indireta ou oblíqua (art. 932 e 933 do Código Civil), tendo em vista que a

simples responsabilidade direta do agente não satisfaz o anseio de justiça aristotélico de dar a cada um o que é seu por direito.

No âmbito trabalhista, há casos que ensejam a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ou de outro sujeito que tenha participado da relação de trabalho, tendo em vista os benefícios e o proveito que auferiu da força de trabalho despendida pelo trabalhador.

Porém, nem sempre o inadimplemento dos haveres trabalhistas pelo empregador irá ensejar a responsabilização subsidiária daquel'outro que se beneficiou também da prestação dos serviços por meio da contratação do empregador.

Nos casos de contratos de empreitada, a legislação celetista prevê expressamente a responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal pelo adimplemento dos haveres trabalhistas que não tiverem sido adimplidos pelo subempreiteiro, sendo que aquele primeiro terá a possibilidade de ingressar com ação de regresso em face do último. Neste sentido, a inteligência do art. 455 da CLT.

Contudo, somente se poderá falar em responsabilidade subsidiária nos casos em que o dono da obra se tratar de empresa construtora ou incorporadora, ou seja, nos casos de subempreitada. Tal responsabilidade advém do fato de que o dono da obra se beneficiou diretamente da prestação de serviços para a realização de sua atividade produtiva.

Nos casos, porém, em que o dono da obra não se tratar de incorporadora ou de construtora, tratando-se, na realidade, de um simples contrato de empreitada de natureza civil, não há que se cogitar de qualquer responsabilidade trabalhista do dono da obra. Inteligência da Orientação Jurisprudencial 191 da SDI1.

Conquanto se reconheça a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, bem como os princípios fundamentais que permeiam os contratos, tais como a boa-fé objetiva, função social do contrato e a submissão da ordem econômica à valorização do trabalho humano e ao valor social do trabalho (art. 170, CRFB), tal não enseja, sobremaneira, a responsabilização do proprietário rural em comento.

Explico.

A relação existente entre o proprietário rural e o empreiteira é de natureza eminentemente civil. Não há, outrossim, qualquer relação entre o proprietário em questão e os trabalhadores, empregados do empreiteiro. Há que se considerar, ainda, que o proprietário rural não auferiu qualquer lucro ou vantagem econômica diretamente decorrente da prestação de serviços narrada.

Em suma, o proprietário rural em questão constitui-se como destinatário final dos serviços prestados, não se tratando de uma relação de intermediação de serviços. Nesta senda, a relação de natureza civil outrora travada entre o proprietário rural e o empreiteiro não possui o condão de gerar reflexos trabalhistas no sentido de conferir responsabilidade ao dono da obra.

Portanto, diante de todo o exposto, e em se considerando que o proprietário rural cumpriu integralmente com seus deveres no contrato (pagamento do valor combinado ao empreiteiro), não há que se imputar a ele a responsabilidade, nem mesmo a título subsidiário, pelo adimplemento das verbas trabalhistas que não foram satisfeitas pelo empreiteiro e empregador.

A responsabilidade em questão apenas se justificaria se o proprietário rural se tratasse de um construtor ou um incorporador, ou ainda nos casos em que se constatasse a presença de fraude perpetrada pelo proprietário em conjunto com o empreiteiro em prejuízo dos trabalhadores, o que atrairia a aplicação do disposto no art. 942 da Código Civil.

#### **RICARDO BALLEJO VILLARINHO – PORTO ALEGRE/RS**

O participante, ao conceituar o contrato de empreitada, apresentou o entendimento do TST sobre o tema e manifestou-se contrário ao mesmo, ou seja, pela possibilidade de responsabilização do proprietário rural, com fundamento nos princípios que norteiam as relações como um todo, notadamente da dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da propriedade e do contrato, bem como boa-fé objetiva.

Ordinariamente, todo aquele que se aproveita da força de trabalho (energia) de outrem é responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas decorrentes de tal relação (princípio da “ajenidad”). Ocorre que há relações onde aquele que se aproveita da força de trabalho de outrem não é o empregador e sim um terceiro. Dentre de tais hipóteses, encontra-se o contrato de empreitada.

De acordo com o referido contrato, codificado no Código Civil (arts. 610 e seguintes), uma pessoa contrata outra (empreiteiro) para a realização de determinada obra. Ou seja, trata-se de um contrato de resultado, onde as obrigações principais são o pagamento e a realização da obra. Ocorre que o empreiteiro pode, e em vários casos, deve contratar trabalhadores para realizar o serviço. Nessa hipótese, questiona-se se há relação laboral entre os contratados pelo empreiteiro e o terceiro (contratante).

Para o colendo TST, não há que se falar em relação trabalhista entre tais partes. Para o referido tribunal, a menos que o contratante seja uma construtora e/ou incorporadora, o contrato de natureza cível firmado entre esse e o empreiteiro não se confunde com os contratos laborais assinados entre o empreiteiro e os seus empregados. Ademais, o terceiro contratante não assume o risco da atividade econômica, que é um dos requisitos para a caracterização da relação laboral e da consequente responsabilidade pelas verbas pecuniárias.

Outrossim, tal trabalho não pode ser considerado doméstico, tendo em vista que o empreiteiro não é subordinado ao terceiro contratante e assume os riscos da própria atividade. Por fim, não há respaldo legal para tal responsabilização. Tal entendimento está cristalizado em Orientação Jurisprudencial do referido tribunal. Entretanto, com a devida vênia e o máximo respeito ao TST, entende-se que a melhor posição a ser adotada é aquela que prega a responsabilidade subsidiária do terceiro contratante.

Com efeito, o trabalho daqueles contratados pelo empreiteiro deve ser enaltecido, tendo em vista que a própria Constituição Federal elencou como princípios fundamentais da República

Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV). Ademais, não há como esquecer que a ordem econômica é fundamentada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Assim, caso o empreiteiro não pague os trabalhadores, o terceiro deverá ser responsabilizado subsidiariamente, ainda que já tenha pago ao empreiteiro. Apesar de não haver norma legal em tal sentido, tal responsabilização decorre dos princípios constitucionais já citados. Ademais, com a edição do Novo Código Civil, um dos seus princípios norteadores é o da sociabilidade, segundo o qual deve prevalecer os valores coletivos frente aos individuais.

Ainda, para corroborar a responsabilização subsidiária do contratante, vale registrar que deve incidir no caso em tela os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ambos cristalizados nos arts. 421 e 422 do Código Civil. Assim, no caso em tela, como não houve o pagamento das verbas laborais aos trabalhadores, o proprietário rural deve ser condenado a pagar tais verbas de forma subsidiária, nos termos dos arts. 1º, III e IV, 6º e 170º, todos da Constituição Federal e nos arts. 421 e 422, ambos constantes no Código Civil.

### **QUESTÃO 03. Discorra a respeito das provas obtida por meio ilícito e sua aplicação no processo do trabalho**

**ANA LÚCIA STUMPF GONZÁLEZ - PORTO ALEGRE/RS**

A participante ao tratar da temática relacionada a provas ilícitas destacou, em linhas introdutórias, os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, bem como os princípios correlatos, notadamente o da razoabilidade no momento da valoração de tal prova em face do direito violado. Ademais, destacou entendimentos do TST no que concerne a utilização das provas obtidas por meio ilícito no âmbito da relação de trabalho e concluiu nos seguintes termos: Pelo exposto, verificou-se que, em princípio, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos,

podendo, entretanto, ocorrer situações em que seja possível a valoração de tais provas, caso a ponderação dos interesses postos no caso concreto assim autorize, por razoabilidade, sempre levando em consideração a necessidade de proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

3. A Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LVI, que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. A par disso, o Código de Processo Civil especifica que são hábeis à prova dos fatos todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não expressos no próprio Código. A Consolidação das Leis do Trabalho não veicula dispositivo específico quanto às provas admissíveis no processo do trabalho, aplicando-se, portanto, o que prevê o CPC, por força da cláusula de abertura de sistema contida no art. 769 da CLT.

Do texto do art. 5º, LVI, da CRFB, extrai-se que as provas produzidas de forma ilícita não serão admissíveis no processo, ou seja, busca-se desencorajar a obtenção de provas por meios ilícitos, por meio de norma que estabelece a sua não utilização. Trata-se de garantia de direitos fundamentais, notadamente a intimidade, o sigilo de correspondência, a honra, a imagem.

Todavia, é possível que, em determinados casos concretos, o bem tutelado no processo se mostre de tal relevância que o julgador se veja dividido entre dois bens jurídicos lastreados por garantias fundamentais: aquele cuja proteção ou reparação se busca no processo e aquele potencialmente atingido pela prova ilicitamente obtida.

Assim, parte da Doutrina argumenta que, em tais hipóteses, é necessário que se tenha em mira um critério de razoabilidade, mostrando-se possível considerar a prova ilicitamente obtida, evitando-se simplesmente afastá-la de plano, sob o fundamento de que a previsão contida no art. 5º, LVI, da CRFB seria absoluta.

De fato, é sabido que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, admitindo ponderação no caso concreto. Desse modo, seria admissível a valoração de uma prova obtida por meio ilícito, quando o direito tutelado no processo se mostrasse preponderante em relação ao direito cuja garantia é objetivada pela vedação de utilização dessa prova.



Exemplo recorrente é a hipótese de assédio sexual, visto que se trata de conduta de difícil comprovação, eis que, em geral, ocorre em ambiente reservado, sem a presença de terceiros. Em tal situação, caso viesse a vítima trazer ao processo prova obtida por meio ilícito (mediante invasão de domicílio, por exemplo), o julgador estaria diante de duas garantias fundamentais: o direito à intimidade do demandado (derivado da inviolabilidade do domicílio) e a dignidade da demandante. Não parece ser difícil aferir que há prevalência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no sentido de proteger a vítima do assédio, o que autoriza a valoração da prova ainda que obtida por meio ilícito, eis que, por razoabilidade, não se mostra tolerável alçar a proteção da intimidade do demandando a patamar mais elevado do que a proteção da vítima no caso concreto.

Evidente que tal situação seria valorada de modo distinto na esfera criminal, visto que o Processo Penal é marcado pelo traço da proteção ao Princípio da Presunção de Inocência. Todavia, no Processo do Trabalho, a prova descrita no exemplo acima seria suficiente para conferir lastro a uma decisão de reconhecimento de extinção contratual por rescisão indireta, nos termos do art. 483, da CLT, mormente em sede de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, dada a exigência de verossimilhança em juízo de cognição sumária.

A licitude dos meios de obtenção da prova é amplamente discutida no âmbito do STF, já havendo entendimento pacificado quanto à admissão das provas oriundas de escutas telefônicas não autorizadas, quando apresentadas por um dos interlocutores, entendimento que também vem sendo acolhido pelo TST.

Outrossim, o TST já se posicionou no sentido de ser lícita a prova de falta grave do empregado extraída de fiscalização do *email* corporativo, firmando entendimento de que a verificação do *email* corporativo pelo empregador não configura invasão de privacidade. Da mesma forma, vem o TST considerando admissível a prova, pelo empregador, por meio de filmagens das câmeras de monitoramento, bem como de revista nos pertences (como bolsas e mochilas, por exemplo), e

até mesmo de revista íntima, em casos excepcionais, desde que levada a efeito por empregado do mesmo sexo.

Tais posicionamentos devem ser assimilados com parcimônia, e, evidentemente, dependem de análise no caso concreto. Todavia, é seguro afirmar que a adoção de medidas que acarretem invasão na privacidade do empregado não podem implicar em desrespeito a sua honra e dignidade. Há entendimento doutrinário no sentido de que o monitoramento dos empregados por meio de câmeras no ambiente de trabalho e a prática de realização de revistas (seja nos pertences do empregado, seja a revista íntima) não se mostram condizentes com os Princípios basilares do Direito do Trabalho. De fato, tais atitudes atentam contra a relação de confiança que deve existir entre empregador e empregado (e que consiste em um dos fundamentos para a manutenção do contrato de trabalho), minando o ambiente de trabalho, e propiciando a criação de situações de assédio moral. O empregador que, pela natureza de sua atividade econômica, se sinta compelido a adotar procedimentos de segurança mais eficazes, deve atentar para a necessidade de garantia da incolumidade da saúde mental de seus empregados.

Pelo exposto, verificou-se que, em princípio, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, podendo, entretanto, ocorrer situações em que seja possível a valoração de tais provas, caso a ponderação dos interesses postos no caso concreto assim autorize, por razoabilidade, sempre levando em consideração a necessidade de proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A par disso, identificou-se que vem ocorrendo a admissão, pelo TST, de provas oriundas das interceptações telefônicas, monitoramento do *email* corporativo, imagens de câmeras e revista de pertences e pessoas, mas ressaltou-se a necessidade de sempre atentar para a proteção à integridade do trabalhador, uma vez que não se pode privilegiar a tutela de bens materiais em detrimento da saúde mental do trabalhador.

**(FERNANDA PEREIRA BARBOSA – UBERLÂNDIA/MG)**

Fernanda, ao traçar as diferenças entre provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas derivadas de provas ilícitas, manifestou-se no sentido de se admitir provas ilícitas no âmbito do processo do trabalho nos seguintes termos:

As provas obtidas por meios ilícitos não devem ser excluídas e terminantemente proibidas *prima facie*. Há que se verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados, ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instauração do processo.

As provas possuem suma importância no processo, chegando Carnelutti a afirmar que as provas são o coração do processo, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídica. Podem ser conceituadas como os instrumentos admitidos pelo direito como idôneos a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador.

O direito à prova constitui garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem jurídica justa (art. 5º, LV, CRFB). A Constituição da República veda, expressamente, a admissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Por seu turno, o Código de Processo Civil no art. 332 prevê serem admitidas todas as provas moralmente legítimas, ainda que não elencadas na lei processual. Nota-se a amplitude probatória consagrada pelo digesto processual civil, com vistas a facilitar o acesso do cidadão à Justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo.

A vedação da produção de provas obtidas por meios ilícitos serve não somente para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, mas também para garantir o devido processo legal e a dignidade do processo. Dentre as provas obtidas por meios ilícitos, doutrina e jurisprudência diferenciam as subespécies provas ilícitas, provas ilegítimas e provas lícitas derivadas de provas ilícitas.

Provas ilícitas são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, são aquelas que violam regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção, como exemplo, confissão mediante tortura. Impõe-se observar que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada ao momento da obtenção da prova.

Prova ilegítima, por sua vez, é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo. Como exemplo, a oitiva de pessoas que não podem depor. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).

Por fim, a prova lícita derivada da prova ilícita, por força da teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada, também é ilícita. O §1º do art. 157 do Código de Processo Penal dispõe que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Portanto, quando a prova lícita for autônoma da prova ilícita, ou seja, puder ser produzida sem vinculação àquela, será admitida, pois não guardará o necessário nexo de causalidade.

No campo da proibição das provas, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

Acerca da proibição da prova ilícita no processo, há atualmente três correntes. A primeira prega a vedação total da prova ilícita, de forma que qualquer prova obtida por meios ilícitos não poderia ser admitida no processo.

A corrente permissiva, por seu turno, admite a utilização da prova obtida por meios ilícitos, desde que o conteúdo da prova seja lícito, em prestígio ao caráter publicista do processo, acesso à justiça e a busca da verdade real. Para esta segunda corrente, a efetividade

da prova e a busca da verdade real são fins justificáveis pelo meio ilícito da obtenção da prova.

Por fim, a última corrente, utilizando-se da teoria da proporcionalidade ou regra da ponderação, dispõe que devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito sacrificado. Para esta vertente, o juiz valorará, no caso concreto, segundo critérios axiológicos, qual princípio deverá ser prestigiado e qual deverá ser sacrificado em prol da justiça da decisão e efetividade do processo.

Adiro à última corrente, por se mostrar mais consentânea com os fins da prova, com a busca da verdade real, sem, contudo, sacrificar direitos fundamentais e nem a dignidade do processo. As provas obtidas por meios ilícitos não devem ser excluídas e terminantemente proibidas *prima facie*. Há que se verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados, ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instauração do processo.

#### **Natália Karine Pereira, Brasília-DF:**

Natália, ao tratar do tema relacionado a provas ilícitas, destacou, em linhas introdutórias, os dispositivos legais aplicáveis, bem como o art. 5º, inciso LVI da CF que veda, expressamente, esse tipo de prova. Entretanto, quando do desenvolvimento propriamente dito, destacou que "...nem toda prova obtida por meio ilícito merece repreensão do direito", apresentando, na oportunidade, as teorias que tratam da aceitação ou não dessas provas no processo. Por fim, concluiu "Assim, sob critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o dever do Poder Judiciário é proporcionar a justiça das decisões, devendo sopesar princípios, garantias e direitos, com vistas a privilegiar a decisão mais justa ao caso concreto e o direito dotado de maior relevância nesse confronto."

O sistema de provas objetiva a busca pela verdade no processo, incluindo meios e instrumentos processuais que propiciem obter o conhecimento da certeza dos fatos, ou verdade formal, aduzidos pela parte. Isto porque, o conceito de verdade é um tanto quanto abstrato, e ligar-se a verdade pura ou real, impossibilitaria o provimento jurisdicional, na medida em que aquele que não presenciou os acontecimentos, não pode ter absoluta certeza do ocorrido, cabendo-lhe apenas filiar-se as alegações que mais parecem esclarecer e comprovar os fatos.

Assim, é dado as partes utilizarem-se de todos os meios em direito admitidos, bem como os moralmente aceitos, a fim de comprovarem a verdade de suas alegações (art. 332, CPC c/c 769 da CLT). O ônus da prova é daquele que faz a alegação ("est qui dixit"), mas nada obsta que em determinadas situações ocorra a inversão do ônus, pois, não obstante a disposição expressa do art. 333 do CPC e 818 da CLT, há que se considerar quem possui maiores condições de produzir a prova, conforme preceitua o princípio da aptidão para a prova (art. 6, VII, CDC).

No que concerne a prova ilícita, importa primeiramente destacar que o inciso LVI do art. 5º da CF/88 veda expressamente a sua utilização como meio de prova. Esse dispositivo constitucional, contido no rol de direitos e garantias fundamentais, é na verdade um direito da pessoa de não ser submetida a tratamentos inidôneos, moralmente ilegítimos, cruéis, de obtenção de provas. Resguarda-se, portanto, os direitos fundamentais do indivíduo, como a imagem, a vida privada, a honra, e o sigilo das correspondências e comunicações.

Não obstante a vedação constitucional, é importante considerar que nem toda prova obtida por meio ilícito merece repreensão do direito. Isto porque, a prova ilícita nada mais é do que aquela prova processualmente não admitida, podendo classificar-se como proibida, ilegal, ilegalmente obtida, ilegitimamente obtida e vedada.

A doutrina faz uma distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, conceituando a primeira como a prova produzida violando

regras gerais de direito material, costumes, princípios gerais de direito e a moral. A segunda é a obtida desconsiderando as normas de direito processual previstas na lei. Nada obstando a que a prova possa se caracterizar de ilegalidade e ilegitimidade, simultaneamente. Ademais, as provas derivadas de provas ilícitas também o serão, é a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada, ou ilícita por derivação.

No que concerne a aceitação de tais provas no processo do trabalho, é preciso ressaltar que a não obstante idoneidade da prova tenha sido alçada a direito fundamental, a parte dispõe de outros direitos que, a depender da situação, quando contrapostos são mais elementares do que a vedação à produção de prova ilícita.

Nesse sentido, existem algumas teorias sobre a aceitação ou não dessas provas no processo. A teoria permissiva advoga que independente da forma e dos meios utilizados para obtenção da prova ilícita, o seu conteúdo probante não perde o valor como elemento de utilidade na busca da verdade pelo órgão julgador, razão pela qual deve ser amplamente admitida, excetuando as provas ilegítimas, porquanto estas afrontam preceitos de ordem processual. Sem prejuízo, é claro, das sanções que devem ser impostas ao infrator.

A teoria obstativa, por sua vez, alega que com advento da Constituição de 88, não subsistem dúvidas a respeito da inadmissibilidade da prova ilícita, devendo ser afastada ainda que não exista norma processual que a estabeleça como inadmissível e independentemente da relevância dos direitos que se pretendeu resguardar.

A teoria intermediária adota, contudo, a noção de proporcionalidade, entendendo que devem ser compatibilizadas os meios e os fins. Assim, admite a utilização de provas ilícitas em determinadas situações, porquanto os direitos que se pretende tutelar são mais importantes ou relevantes do ponto de vista social e dos direitos fundamentais, do que aqueles resguardados pela vedação à prova ilícita.



Essa teoria, que é a aceita atualmente no STF, impõe a necessidade de adoção de medidas conciliatórias, na medida em que nenhum direito é absoluto, o da vedação a prova ilícita também não é. Assim, sob critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o dever do Poder Judiciário é proporcionar a justiça das decisões, devendo sopesar princípios, garantias e direitos, com vistas a privilegiar a decisão mais justa ao caso concreto e o direito dotado de maior relevância nesse confronto.

### **Talita Dartibale Amado, São Paulo/SP**

Talita, seguindo entendimento dos demais participantes, após discorrer sobre as teorias sobre a proibição da prova ilícita no processo, manifestou-se pela aplicação da teoria da proporcionalidade, no sentido de que, no caso concreto, o magistrado deve buscar a solução mais justa e equânime, mediante a aplicação dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito e, ainda, diante do fato de que nenhuma regra processual é absoluta. Nesse cenário, possível a utilização de prova ilícita desde que "o sacrifício do direito fundamental deve ser necessário, a medida adotada pelo juiz deve ser adequada à finalidade social do processo, ao final do qual, por meio da realização de um juízo de ponderação, o juiz sopesará os valores envolvidos no caso concreto e optará, entre dois males, pelo mal menor, ou então, pela melhor justiça."

Nos termos do art. 5º, LVI, CF/88, são inadmissíveis no processo provas obtidas por meio ilícito, o que se constitui em direito fundamental e em meio de garantia do devido processo legal e dignidade do processo. Disso se extrai que a licitude e a probidade da prova são essenciais para que ela possa gerar a eficácia jurídico-processual de influir no livre convencimento motivado do juiz.

A ilicitude pode ter natureza formal (processual) ou material (substancial), ou seja, a proibição pode se dar em função de interesses relativos à lógica e à finalidade do processo, ou em função de direitos reconhecidos aos indivíduos pelo ordenamento jurídico, independentemente do processo.

Há atualmente na doutrina e na jurisprudência três correntes sobre a proibição da prova ilícita no processo.

A primeira defende a vedação total da prova obtida por meio ilícito, com fulcro na ideia de que o ordenamento jurídico é uno, além da forte tendência na jurisprudência anterior à CF/88, de não se admitir provas obtidas ilicitamente, por confrontar o art. 332, CPC, que veda as provas obtidas por meio moralmente ilegítimo.

A segunda corrente, permissiva, entende que se o conteúdo da prova for lícito, ela poderá ser utilizada, embora obtida por meio ilícito, privilegiando a busca da verdade real em detrimento da formalidade do procedimento, e realçando o caráter publicista do processo. Essa corrente pode ser sinteticamente resumida na ideia de que os fins (verdade real, efetividade da prova) justificam os meios.

A terceira corrente refere-se à teoria da proporcionalidade (regra da ponderação), segundo a qual, na interpretação de uma norma jurídica devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa (teoria aplicada com bastante ênfase no direito alemão, sobretudo no direito constitucional e processual penal).

Para alguns, o fundamento constitucional desse princípio reside no conteúdo do princípio do Estado de Direito, havendo ainda quem entenda situar no princípio do devido processo legal. Fato é que a regra da ponderação está estritamente relacionada à efetividade do processo e à busca pela justiça da decisão, segundo a valoração de critérios axiológicos.

No âmbito do processo do trabalho, parte da doutrina entende pela aplicação dessa última teoria, apresentando como fundamento a mitigação do princípio da licitude da prova (art. 5º, LVI, CF) pelo princípio da proporcionalidade/razoabilidade, o qual, para ser corretamente aplicado pelo juiz do trabalho, deve ser compreendido nos seguintes aspectos (subprincípios) que o envolvem: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o sacrifício do direito fundamental deve ser necessário, a medida adotada pelo juiz deve ser adequada à finalidade social do processo, ao final do qual, por meio da realização de um juízo de ponderação, o juiz sopesará os valores

envolvidos no caso concreto e optará, entre dois males, pelo mal menor, ou então, pela melhor justiça.

Isto posto, pode-se dizer que a teoria da proporcionalidade é a melhor para se admitir a pertinência da prova obtida por meio ilícito no processo, uma vez que nenhuma regra processual é absoluta, devendo ser sopesada quando em conflito com outro direito fundamental.

Insta salientar a inserção da regra da proporcionalidade no anteprojeto do novo CPC como critério para apreciação da prova ilícita no processo civil.

Nesse contexto, o TST já se pronunciou pela admissão de gravação clandestina de conversa telefônica, efetivada e oferecida como prova por uma das partes da relação jurídica processual para a elucidação de fatos controvertidos, não cabendo a alegação pela outra parte de direito líquido e certo à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, sob o argumento de que tal garantia se dá em relação a terceiros e não aos interlocutores. Assim, a posição atual que prevalece no TST é no sentido de que, diante de uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos protegidos, quando ocorrer uma lesão a um direito fundamental de maior relevância, a prova obtida por meio ilícito deve ser validamente admitida. Destarte, diante dos fundamentos da teoria da proporcionalidade, é oportuno ressaltar que são várias as hipóteses na esfera trabalhista de obtenção de prova ilícita para demonstração de dano moral, por exemplo, por meio da instalação de câmeras em vestiários, monitoração indevida de e-mails, documentos obtidos por furto do empregado etc. Paralelamente à proibição contida no art. 5º, LVI, CF, depara-se com a tutela constitucional de direitos fundamentais como a intimidade, vida privada (inciso X), domicílio (XI), correspondência (XII), o que requer do juiz do trabalho extrema cautela ao admitir prova obtida ilicitamente, a fim de demonstrar danos de ordem moral. Deve ele, portanto, verificar se a prova do fato pode ser obtida por outro meio lícito ou moralmente legítimo (sem a necessidade de recorrer a meios ilícitos); sopesar a lealdade e boa-fé daquele que pretende produzir a prova ilícita; observar a seriedade e verossimilhança da alegação; avaliar o custo-benefício na produção da prova; aplicar o princípio da proporcionalidade, prestigiando o direito que merece maior proteção; observar a efetiva proteção à

dignidade da pessoa humana; e, por fim, valorar não só o interesse da parte, mas também o interesse público.





