



Departamento
Jurídico

SINTHORESP

A UNIDADE NOS FORTALECE.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PROCURADOR DO
TRABALHO DA 2ª REGIÃO.**

“As elevadas taxas de rotatividade são um sério problema e afetam o funcionamento do mercado de trabalho. Para os trabalhadores, representa insegurança quanto ao contrato de trabalho, levando-os a períodos de desemprego, seguido de busca de nova colocação no mercado de trabalho”. (DIEESE, *A situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000: capítulo 14, Rotatividade e Flexibilidade no mercado de trabalho*, 2014, pág. 282)

**SINDICATO DOS TRABALHADORES EM
HOTÉIS, APART HOTÉIS, FLATS, RESTAURANTES, BARES,
LANCHONETES E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO
(SINTHORESP)**, inscrito no CNPJ sob o nº 62.657.168/0001-21,
estabelecido à Rua Taguá, 282, CEP 01508-010, Liberdade, São Paulo/SP,
por seu Diretor Presidente Francisco Calasans Lacerda, brasileiro, casado,
sindicalista, inscrito no CPF nº 115.891.248-04, com base nos atos
constitutivos (DOC.01/03), vem, respeitosamente, nos termos do art. 6º, 7º
e 239, §4º, todos da CF c/c art. 84 do CDC, apresentar a presente
DENÚNCIA em face da empresa **DOURADOS COMÉRCIO DE
ALIMENTOS LTDA.**, pessoa jurídica inscrita no CNPJ nº
42.591.651/0001-43, com sede na Alameda Amazonas, nº 253, Alphaville,
Barueri, São Paulo/SP, CEP 06454-070, consubstanciado nos motivos
fáticos e de direito adiante explanados.

SÍNTESE DA DEMANDA

Nesta Denúncia requer-se a investigação e atuação ministerial para inibir a excessiva rotatividade da empresa que confessa superar o índice de 100% (cem por cento) enquanto a rotatividade no setor é de 32% (trinta e dois por cento) de acordo com o DIEESE, demonstrado em tópico mais específico.

A investigação carece de ser instaurada a fim de verificar a superação do limite estabelecido no art. 239, §4º da Constituição Federal que enseja a fixação de uma contribuição adicional da empresa para o financiamento do seguro desemprego.

Para tanto, requer-se que a rotatividade existente na empresa seja devidamente investigada por este r. MPT, com o auxílio desta entidade sindical que, por sua vez, pleiteia a convocação das partes por parte de Vossa Excelência para Mesa de Conciliação (art. 83, XI, Lei Complementar nº 75/93) e, caso infrutífera, seja instaurada a competente Ação Civil Pública.

DO ÓBICE DE ATUAÇÃO SINDICAL: “DE MÃOS ATADAS”

Esclareça-se, inicialmente, que no último dia 02.09.2015, perante a 7ª Turma do C.TST, nos autos do processo nº AIRR-0067900-36.2009.5.02.0088, houve a manifestação judicial de que a empresa Mc Donald's, no município de São Paulo, não pode mais ser representada pela entidade sindical em timbre¹.

Ocorre, porém, que – ainda que a matéria esteja *sub judice* - a entidade sindical de *fast food* não tem por rotina apresentar medidas judiciais ou extrajudiciais contrárias aos interesses da Denunciada,

¹ Decerto que a r. decisão ainda não foi publicada no DJe, mas o julgamento contou com a participação do SINTHORESP e de representantes sindicais da entidade norteamericana abreviada pela sigla SEIU. No julgamento foi firmado o entendimento de que enquanto prevalecer o registro sindical precário do SINDIFAST, a representação dos trabalhadores da Denunciada será realizada por este de refeições rápidas.

nunca tendo relatado qualquer irregularidade trabalhista significativa perante as autoridades.

O SINTHORESP está de mãos atadas para apresentar ação judicial, a não ser que este r. Ministério Público entenda pela legitimidade concorrente sindical para a defesa coletiva nos termos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor² aplicado subsidiariamente ao Direito Coletivo.

Entende-se que quando diante da dignidade da pessoa humana, a tutela deverá ser mais abrangente possível, concorrente. Nesse sentido, leciona Joselita Nepomuceno Borba³:

...Assim, diante de dois princípios constitucionais: **dignidade da pessoa humana**, que tem sua base o catálogo de direitos e garantias fundamentais (arts. 1º, III e 5º ao 7º), e **representação sindical**, modo de viabilizar a realização de direitos sociais (art. 8º, III), havendo choques entre eles, qual deve prevalecer? A dignidade do homem trabalhador ou o privilégio de representação?

Certamente, a carga de valores que encerra o princípio da dignidade humana, e que se irradia por todo o sistema, prevalece. Num juízo de ponderação, o acesso à justiça, o valor social do trabalho, a preservação de direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, somente para ilustrar, sobrepõem-se ao poder sindical de representar, não havendo razão suficiente para aniquilar tão grande campo axiológico em prol de um monopólio.

2 Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são **legitimados concorrentemente**: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - **as associações legalmente constituídas** há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (g.n.) Além da desnecessidade da autorização assemblear para a tutela dos direitos e interesses coletivos, nota-se que o último inciso, coloca as associações no plural, atribuindo o caráter concorrente entre elas próprias quando diante da necessidade da defesa dos direitos e interesses coletivos.

³ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade Concorrente na Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e Difusos**. São Paulo: LTr, 2013, pág. 206-207.

(...) O que não se admite é o perecimento de direitos ou interesses coletivos em virtude de omissão do ente sindical ou de sua recusa ou até a inércia por razões de política de atuação.

(...) Nessa, segundo leitura conjunta e harmônica do art. 8º, III, frente ao texto constitucional, não há monopólio de representação sindical, a legitimidade é concorrente com outros entes coletivos, inclusive com a associação.

Malgrado o exposto pela doutrina, não há, por ora, concessão de legitimidade expressa a esta entidade sindical para a tutela irrestrita dos direitos de trabalhadores no município de São Paulo realizada por autoridades públicas.

Não obstante, a Denúncia possui repercussão social e por isso faz-se necessária à intervenção do Ministério Público do Trabalho, na medida em que, verifica-se ofensa aos direitos suplantam a esfera meramente individual dos trabalhadores.

Vale lembrar que a Lei n.º 8.625/1993 prevê como função institucional do Ministério Público dos Estados (art. 25, IV, a), a defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É de bom alvitre ressaltar que a relevância social no presente ação está na proteção da saúde do trabalhador (art.6º C.F.), sendo essa relevância maximizada quando se ressalta que a maioria dos trabalhadores da Reclamada é composta por jovens e adolescentes. Tal assertiva é comprovada através do site⁴ da Reclamada onde se verifica que:

“Cerca de 70% dos Atendentes do McDonald's tiveram sua primeira oportunidade profissional na empresa com carteira assinada e real possibilidade de crescimento e desenvolvimento profissional. Com mais de 50 mil funcionários, o McDonald's é um dos maiores formadores de mão de obra do país. Todos os anos, a companhia realiza o sonho do primeiro emprego de milhares de jovens. **Do atual quadro de funcionários, cerca de 70% têm menos de 21 anos de idade, o que consolida a imagem da empresa em ser um grande gerador de postos de**

⁴ <http://www.mcdonalds.com.br/>



trabalho para jovens no país.” (<http://www.mcdonalds.com.br/>
- consultado no dia 08/11/2015 às 16.49hs)

Em maio de 2015 a empresa Arcos Dourados divulga realese sobre a inauguração de uma loja, dando ênfase na oferta do primeiro emprego:

“Conhecido por dar oportunidade de primeiro emprego a milhares de brasileiros, atualmente, 87% do quadro de funcionários do McDonald’s é formado por jovens com até 25 anos. Muitos deles aproveitam o plano de carreira oferecido pela companhia para crescer dentro da empresa. Esse é o caso do gerente de plantão Everton Santana, escalado para trabalhar no nono restaurante da rede inaugurado na Avenida Paulista.

Everton começou a trabalhar na empresa quando ainda tinha 16 anos. Em um ano ele já recebeu sua primeira promoção e hoje, aos 26 anos de idade, é gerente de plantão. A proposta de plano de carreira do McDonald’s faz com que jovens se tornem mais responsáveis e tenham vontade de ficar na companhia. “Quando entrei, só queria juntar meu dinheiro, mas comecei a ver oportunidades, consegui pagar minha faculdade, realizei o sonho de viajar para o exterior e meu próximo passo será comprar minha casa”, conta.”(grifamos)

Diante do grande número de jovens e adolescentes nos quadros de empregados da Reclamada, é necessário dar efetividade ao princípio constitucional da proteção integral a estes trabalhadores, conforme determina o artigo 227 da Constituição Federal e os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990).

Como visto antes, entendendo que o Denunciante atua à margem da representação dos trabalhadores da Denunciada, há que ser reconhecida a sua legitimidade de tutelar os direitos dos trabalhadores, a sua dignidade humana, como associação especificamente aos empregados da Mc Donald’s no município de São Paulo.



Repise-se, contudo, que até o momento nenhuma autoridade atribuiu essa legitimidade concorrente ao SINTHORESP, de modo que se leva ao conhecimento de Vossa Excelência a presente Denúncia que tem por finalidade a instauração de investigação e consequente procedimento administrativo no que se refere à alta rotatividade praticada pela empresa.

MATERIALIZAÇÃO DA DENÚNCIA

A empresa admite publicamente que possui um *turn over* de 100%, afirmando que “isso significa que, em um ano, toda a força de trabalho é trocada”, conforme esclarecido pelo próprio gerente de recursos humanos Marcelo Nobrega na entrevista ao veículo de comunicação “Valor Econômico”, divulgada em 18/08/2015⁵ (DOC.04):

18/08/2015 às 23h54

Arcos Dorados sente que está em guerra contra sindicatos e muda tática

Por Cynthia Malta | Valor

SÃO PAULO - O comando da Arcos Dorados, que opera os restaurantes McDonald's no Brasil, sente que está em uma verdadeira guerra e acaba de mudar sua tática. Desde janeiro vem se defendendo na Justiça contra acusações de maus tratos a funcionários, levantadas em cerca de 400 ações.

“Estamos vencendo todas as ações, em primeira instância. Mas mudamos de tática. Em vez de só nos defendermos, estou sendo próativo, procurando autoridades e mostrando o que fazemos no país. Estamos conseguindo”, disse nesta terça-feira à noite ao Valor o diretor de recursos humanos da Arcos Dorados no Brasil, Marcelo Nóbrega.

(...)

O Sinthoresp (sindicato que representa trabalhadores de diversas categorias, — de hotéis a restaurantes, passando por flats e pousadas) aliou-se à Seiu e começou a mover ações judiciais contra centenas de restaurantes com a bandeira McDonald's.

⁵ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4185710/arcos-dorados-sente-que-esta-em-guerra-contrasindicatos-e-muda-tatica>>. Consulta em: 22.03.2016.



Aliou-se ao Sinthoresp a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade (Contratuh).

Nóbrega rechaça a acusação de que os funcionários da Arcos Dorados no Brasil façam jornadas além do estipulado em lei e de que sejam obrigados a almoçar lanches em vez de comida. “Estão enxovalhando nosso nome. As acusações são mentirosas, levianas”, diz o executivo. Ele esteve ontem na avenida Paulista, onde ocorreu um protesto contra a empresa, organizado pela Seiu e pelo Sinthoresp.

(...) E o empregado tem a chance de, em um ano e meio, ser promovido e passar a ganhar 40% acima do mínimo, diz Nóbrega, **lembrando que 80% dos jovens que trabalham na rede têm no McDonald’s seu primeiro emprego. Por isso, diz ele, o ‘turn over’ é grande, de 100%. Isso significa que, em um ano, toda a força de trabalho é trocada.** “Isso é normal no varejo”.

O ‘turn over’ na categoria de gerentes, de diversos níveis, é bem mais baixo, entre 6% e 10%, segundo Nóbrega.

Não é a primeira vez que a maior rede de restaurantes de fastfood do país se vê envolvida em acusações de má conduta. Há três anos, em Pernambuco, uma franqueada firmou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para regularizar a situação de funcionários que trabalhavam em regime de jornada variável e que não tinham garantido o recebimento de salário mínimo. Em março do ano seguinte, a Arcos Dorados fechou um acordo com o Ministério Público do Trabalho (MPT), que acusava a empresa de praticar irregularidades. A multa de R\$ 50 milhões, por danos morais coletivos aos trabalhadores, foi reduzida para R\$ 7,5 milhões... (g.n.)

Já em 2012 a empresa tinha concedido entrevista afirmando a alta rotatividade empresarial de trabalhadores que se fixam somente por sete meses⁶.

Trata-se da necessidade de investigar as causas de alta rotatividade empresarial. No Ceará, por exemplo, o Ministério Público

⁶ Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/revista-voce-rh/edicoes/22/noticias/venha-para-ficar> >. Consulta em 08/03/2016.



do Trabalho investigará uma das alegadas causas de alta rotatividade que são os pedidos de demissão de trabalhadores forçados a fazê-lo⁷ (DOC.05):

MPT do Ceará investigará trabalho no McDonald's

00:00 · 12.03.2016

O Ministério Público do Trabalho do Ceará (MPT do Ceará) vai investigar irregularidades cometidas pelo McDonald's. O órgão decidiu reverter a decisão após o Sinthoresp pedir a correta investigação no que diz respeito à jornada de trabalho do McDonald's, o pagamento de salários inferiores ao mínimo legal, a realização das rescisões contratuais, o acúmulo de função e as condições do meio ambiente do trabalho, entre outras irregularidades. Além disso, alertou para os acordos de Participação nos Lucros e Resultados (PLR), que "suprimem direitos trabalhistas e concedem benefícios fiscais sem a devida contraprestação".

Por meio de uma nota, a Arcos Dourados, operadora do McDonald's, "esclarece que não pratica jornada móvel. A empresa contribuirá com as investigações tão logo seja notificada. A companhia também informa que se relaciona com mais de 80 sindicatos de maneira respeitosa e privilegiando o diálogo. Ela conclui que se orgulha de ser eleita por 15 anos consecutivos uma das melhores empresas para se trabalhar no País, de empregar 35 mil pessoas no Brasil e de ser reconhecida por ser um dos maiores geradores do primeiro emprego aos jovens". (g.n.)

Na trilha da investigação realizada no estado do Ceará, a alta rotatividade existente na empresa é objeto, inclusive, de estudos acadêmicos (DOC.06) que, muito embora se refiram à outra região do país, passaram a analisar os motivos pelos quais os trabalhadores não se vinculam à Denunciada que adota um procedimento padronizado de produção e trabalho por todo o território nacional, aplicando-se o estudo a São Paulo, por conseguinte.

O referido de estudo aponta como os cinco principais motivos de desligamento a pedido do funcionário:

⁷ Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/negocios/mpt-do-ceara-investigara-trabalho-no-mcdonald-s-1.1509341>>. Consulta em: 22.03.2016.



Motivo	Percentual
Inadaptação as atividades/cargo	8,6
Outro emprego – facilidade acesso	12,8
Outro emprego – melhor salário	62,4
Problemas pessoais e familiares	10,5
Melhores condições de trabalho	5,7

Tabela 1 – Motivos de Desligamento Iniciativa do Funcionário
Fonte: Dados primários, agosto/2013.

Tais motivos *per si* são suficientes para demonstrar que são itens associados à conduta empresarial de modo que a inadaptação é responsabilidade da denunciada para um meio de ambiente saudável. Ao contrário do alegado pela empresa (que é a melhor empregadora), a busca e êxodo de trabalhadores para outro emprego passam ao largo do conceito de um bom empregador.

O estudo aponta, ainda, os cinco principais motivos de desligamento de funcionários por iniciativa da empresa:

Motivo	Percentual
Baixo Rendimento	37,6
Outro emprego – facilidade acesso	9,4
Inadaptação as atividades/cargo	8,2
Outro emprego – melhor salário	2
Desentendimento colega	42,8

Tabela 2 – Motivos de Desligamento Iniciativa da Empresa
Fonte: Dados primários, agosto/2013.]

A alegação empresarial de baixo rendimento para demitir seus empregados é da monta de 37,6% (trinta e sete por cento) e desentendimento com colega, entendendo-se com o superior hierárquico, atribuindo uma subjetividade que eleva a rotatividade empresarial a ser investigada por Vossa Excelência.

Cuidam-se, portanto, de medidas ilícitas e que mantém a alta rotatividade empresarial causada pela própria empresa Arcos Dourados por praticar demissões sem justa causa.

A rotatividade praticada pela empresa de mais de 100% (cem por cento) supera o índice médio da rotatividade do setor que atualmente está em 34% (trinta e quatro por cento), de acordo com o DIEESE, conforme será demonstrado no tópico mais adiante.

Faz-se necessária, pois, a intervenção deste MPT ante a utilização da rotatividade por meio de demissão de trabalhadores, mantendo-os por períodos curtos de contrato laboral que impacta no tempo médio de trabalho e, por consectário lógico, o salário potencial de cada trabalhador.

Os dados apresentado pelo DIEESE⁸, analisados em tópico específico mais adiante, revelam que a rotatividade é utilizada como redução de custo empresarial e achatamento salarial, afetando o salário médio dos trabalhadores de uma maneira geral ainda que em período que o mercado esteja aquecido.

O índice de rotatividade da força de trabalho da Denunciada supera o índice médio da rotatividade do setor, tal como demonstra o DIEESE, ferindo o art. 239, §4º da Constituição Federal.

Alvitre-se que a análise da rotatividade apresentada nesta ação refere-se àquilo que o DIEESE denomina de Taxa de rotatividade descontada (ou não global), a qual exclui os pedidos de demissão, as transferências, os falecimentos e aposentadorias. Ou seja, o índice utilizado nesta petição inicial refere-se exclusivamente às demissões sem justa causa em que o empregador se vale para o achatamento salarial, impedindo o trabalhador conquistar melhores condições de trabalho valendo-se do critério de antiguidade dentro da empresa.

⁸ Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>>. Consulta em: 28.04.2014.



A manutenção da rotatividade a ser investigada por este r. MPT acarreta na reparação de danos sob dois prismas: o primeiro, referente à Perda de uma chance em que o empregado deixa de auferir vantagens ao que teria se o seu contrato de trabalho prosseguisse, p. ex. tempo de serviço para fins de aposentadoria. A demissão coloca o empregado novamente na situação de desemprego, reduzindo meses para o cômputo de sua aposentadoria, bem como impedindo a continuidade do trabalhador auferir os direitos previstos na CLT (art. 9º, CLT); segundo, em razão do dano moral existencial por violação ao Direito à Felicidade, oriundo de uma mácula ao direito fundamental ao trabalho (art. 6º e 7º, CF) que causa uma alteração danosa no modo de ser do empregado com vistas ao projeto de vida pessoal. O desemprego abala a estrutura familiar do trabalhador que se põe novamente na situação de busca de emprego de forma desmedida no mercado para sustentar sua família.

A conduta deve ser fiscalizada por este r. MPT, requerendo-se, especialmente, a convocação do sindicato e empresa para uma Mesa de Conciliação a ser mediada por este r. órgão ministerial e, não sendo frutífera, a instauração de inquérito civil para a instauração da competente Ação Civil Pública para elidir a grande rotatividade por atos praticados pela própria empresa.

Portanto, o empregador não pode valer-se irresponsavelmente do instituto da demissão, sendo necessário abandonar-se a concepção clássica que considera a ruptura do contrato sem justa causa como um direito potestativo do empregador.

ANÁLISE DA ROTATIVIDADE

A rotatividade é maléfica aos contratos de trabalho, pois não permite um aumento salarial no contrato individual pelo critério de antiguidade, mormente verificável nos denominados Planos de Cargos, Carreiras e Salários. A rotatividade induz o achatamento salarial e impede que os trabalhadores conquistem melhores condições de vida



financeira, submetendo-os ao desemprego e à busca por recolocação profissional.

Trata-se de uma conduta destinada a impedir a aplicação dos preceitos contidos na CLT, tal como preconiza o 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.

A questão da rotatividade é prejudicial não somente ao empregado, mas de igual maneira ao Erário Público. O constituinte preocupou-se com a rotatividade dos contratos de trabalho, especialmente no que tange ao seguro-desemprego ao dispor no art. 239, §4º, CF, que:

O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

Ou seja, o ato a ser investigado sobre a denunciada, aparentemente, supera o índice médio de rotatividade de trabalho do setor.

O DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – demonstra em uma análise geral do mercado de trabalho que⁹ (DOC.07):

Em relação à rotatividade, observou-se que é significativamente crescente no que tange ao total dos desligamentos celetistas, aumentando de 52% em 2003, para 64% em 2012. Já quando se consideram os desligamentos descontados, a taxa eleva-se de 41% para 43%, respectivamente, em 2003 e 2012. Cabe ressaltar, entretanto, que a rotatividade não é homogênea quando se consideram os setores de atividade econômica, conforme o

⁹ DIEESE. **Rotatividade e políticas públicas para o mercado de trabalho**. São Paulo: DIEESE, 2014, pág. 12/13 e 33/45. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>>. Consulta em: 28.04.2014.



ranking a seguir: construção civil (87,4%), agricultura (65,9%), comércio (41,4%), administração pública (40,7%), serviços (38,9%), indústria de transformação (35,5%), indústria extrativa mineral (19,5%) e o setor de serviços de utilidade pública (19,4%).

(...)

Também foi observado que 72,6% dos beneficiários do programa receberam até cinco parcelas do seguro-desemprego, enquanto 27,4% receberam seis parcelas ou mais. É preciso atentar para o fato de que as categorias profissionais mais afetadas pelos efeitos da crise internacional, ocorrida no período estudado, tiveram a proteção contra o desemprego estendida com a ampliação do número de parcelas do benefício do seguro-desemprego.

Outro exercício realizado nesta parte teve como objetivo identificar o peso da participação do emprego na Rais e **o peso da participação setorial entre os usuários do seguro-desemprego, em 2011 e 2012. Neste caso, observou-se que o maior número de trabalhadores corresponde ao setor de serviços, tanto no caso do seguro desemprego (32%) quanto no caso da Rais (34,1%).** Os demais setores aparecem assim: comércio (27,3% e 19,4%); indústria de transformação (20,6% e 17,2%); construção civil (13,9% e 6,0%); agricultura (5,3% e 3,1%); indústria extrativa mineral (0,4% e 0,5%) e; setor público (0,1% e 18,8%).

(...)

Apesar da diminuição do peso das demissões sem justa causa no período analisado, de 54,7%, em 2002, para 46,3%, em 2012, ela ainda é o principal motivo de desligamento no Brasil, representando quase a metade de todos os desligamentos. O motivo 'término de contrato' mantém a participação ao longo dos anos analisados, com cerca de 1/5 dos desligamentos realizados. Por sua vez, o desligamento a pedido, ou demissão voluntária, foi o motivo que apresentou influência crescente, passando a representar 1/4 do total das demissões, em 2012, contra participação de 15,8%, em 2002, ou seja, teve crescimento de 9,2 p.p. no período.

(...) Analisando o tempo de emprego diante de cada um dos principais motivos de desligamento, **observa-se que uma parcela representativa dos vínculos rompidos corresponde a contratos com menos de três meses de vigência,** devendo ser nesse tempo considerado, a rigor, como contratos de experiência.



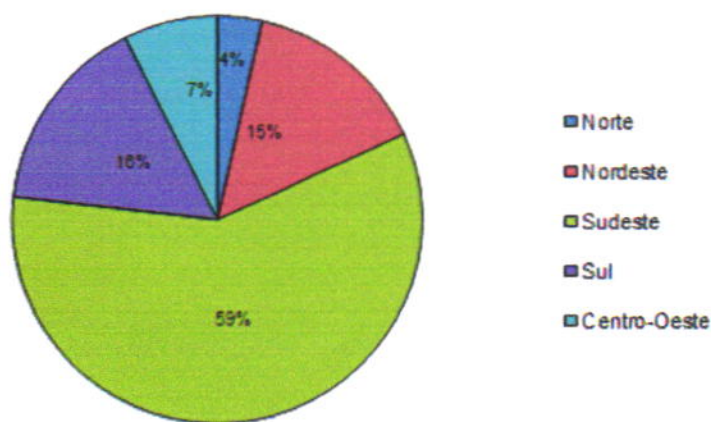
Segundo a Consolidação das Leis Trabalhistas, o contrato de experiência tem prazo determinado, ainda que, após os primeiros três meses, ele automaticamente se transforme em um contrato por prazo indeterminado. Portanto, se o preenchimento dos registros da Rais se desse de acordo com a correta interpretação da legislação trabalhista, todos os contratos de experiência que atingissem o final do período deveriam estar representados na categoria de término de contrato. No Gráfico 14, o percentual expressa quanto representa o encerramento dos contratos de experiência no total de desligamentos por cada um dos três motivos analisados, no início e no término do período. (g.n.)

O setor que lidera o ranking da rotatividade é o da construção civil, seguido mais adiante pelo setor de serviços em que se enquadra a categoria representada pelo autor que é de 38,9%.

No que tange à categoria representada pelo autor, o DIEESE¹⁰ demonstra em estudo elaborado (DOC.08) que a distribuição dos trabalhadores no setor de gastronomia por região brasileira é:

Trabalhadores no Setor de Gastronomia por Região Brasileira

2012



Fonte: RAIS 2012. Elaboração: Dieese.

DIEESE

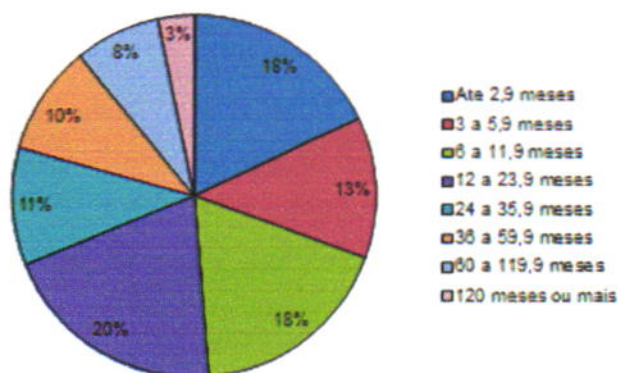
No gráfico acima afere-se que quase 60% (sessenta por cento) dos trabalhadores estão localizados na região sudeste

¹⁰ Seminário Internacional: o trabalhador no setor da gastronomia. 1º, São Paulo: SINTHORESP, 2013.

do país, sendo certo que a maior concentração está inserida na cidade de São Paulo e região pela notoriedade gastronômica do município que, por sua vez, é justamente a 2ª Região de competência de Vossa Excelência.

Consignada a concentração de trabalhadores, passa-se ao gráfico do DIEESE que demonstra o tempo de permanência no emprego dos trabalhadores no setor de gastronomia:

Trabalhadores do Setor de Gastronomia por tempo de permanência no emprego



Fonte: RAIS 2012. Elaboração: Dieese.

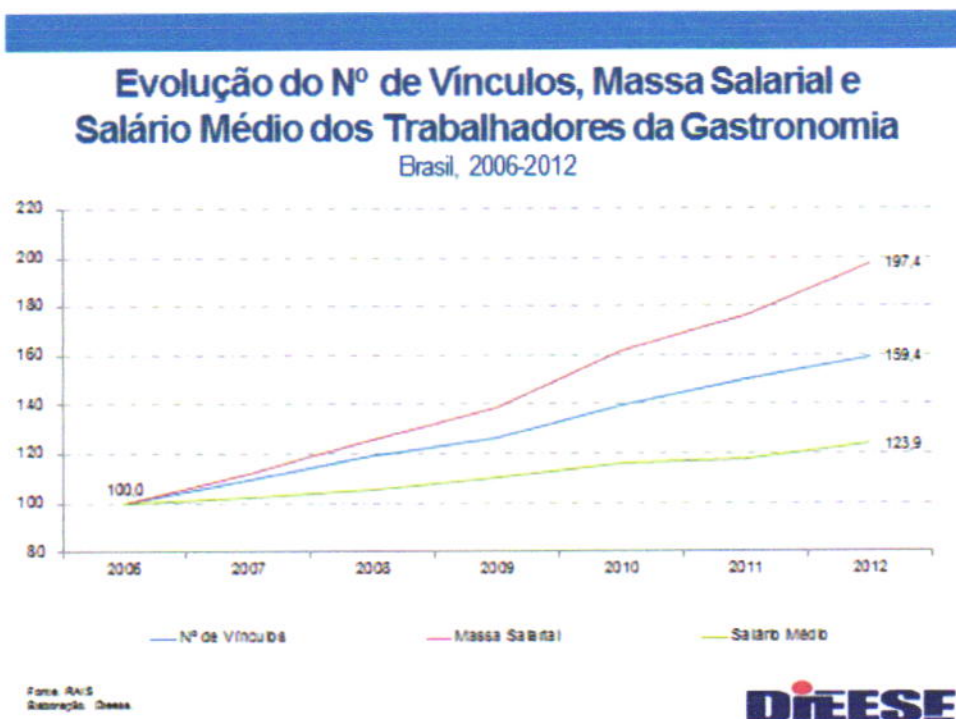
DIEESE

Verifica-se que absurdos 18% (dezoito por cento) dos trabalhadores permanecem tão somente 2,9 meses na empresa; 3% (três por cento) fica de 03 à 5,9 meses exercendo atividade laboral; e outros 18% (dezoito por cento) permanece de 6 à 11,9 meses no emprego. Ou seja, mais de 1/3 (um terço) dos empregados no setor de gastronomia permanecem menos de um ano, sendo que quase 1/5 (um quinto) do total labora menos de 03 meses, muito provavelmente relacionado ao contrato de experiência.

Vale dizer, os empregadores valem-se do contrato de experiência previsto no art. 443, §2º, “c”, CLT, para aplicar a rotatividade dentro da empresa, conforme será pormenorizadamente

analisado no tópico mais adiante denominado com “rescisão contratual desmensurada”.

O impacto que a rotatividade gera nos contratos de trabalho do setor de gastronomia é analisado no gráfico seguinte no estudo apresentado pelo DIEESE:



É neste gráfico acima que se revela o prejuízo causado pela rotatividade o qual demonstra que o cruzamento entre número de vínculos, massa salarial e salário médio.

Há a constatação de aumento de tudo o que foi pago a título de salário no setor de gastronomia. Verifica-se que o número de vínculos cresceu 59% (cinquenta e nove por cento); a massa salarial¹¹

¹¹ Massa salarial é a somatória de todos os salários pagos aos trabalhadores durante um determinado ano, estando diretamente relacionado com o PIB do país que, por consequência, representa o poder de consumo dos trabalhadores.

cresceu 97% (noventa e sete por cento) e o salário médio¹² cresceu apenas 24% (vinte e quatro por cento).

O aumento da massa salarial é esperado realmente porque está diretamente atrelado ao crescimento do número de vínculos (mais pessoas sendo contratadas que reflete na elevação da massa salarial).

O salário médio cresce muito abaixo do que a massa salarial e o número de vínculos empregatícios. Tal dado decorre justamente da rotatividade em que a permanência do trabalhador na empresa é reduzido de modo a não permitir um aumento similar ao que ocorre com a massa salarial e ao número de vínculos.

Em um cenário de ausência de rotatividade o salário médio estaria superior ao percentual próximo da massa salarial e do número de vínculos, existindo uma obstrução no avanço desse índice salarial.

A rotatividade no setor de gastronomia é um problema real e que afeta o mercado de trabalho:

Rotatividade no Setor de Gastronomia Novembro/2012 a Novembro

CNAE	Admitidos	Desligados	Total
Restaurantes e Outros Estabelecimentos de Serviços de Alimentação e Bebidas	892.229	868.853	23.376
Serviços Ambulantes de Alimentação	9.278	7.492	1.786
Serviços de Catering, Bufê e Outros Serviços de Comida Preparada	201.168	196.272	4.896
Total	1.102.675	1.072.617	30.058

Fonte: MTE/CAGED. Elaboração: Diiese.

¹² Trata-se de um valor do salário médio do cargo, calculado por meio da Média Aritmética Ponderada que analisa a frequência e salário de cada trabalhador dentro de uma coletividade.

DIIESE

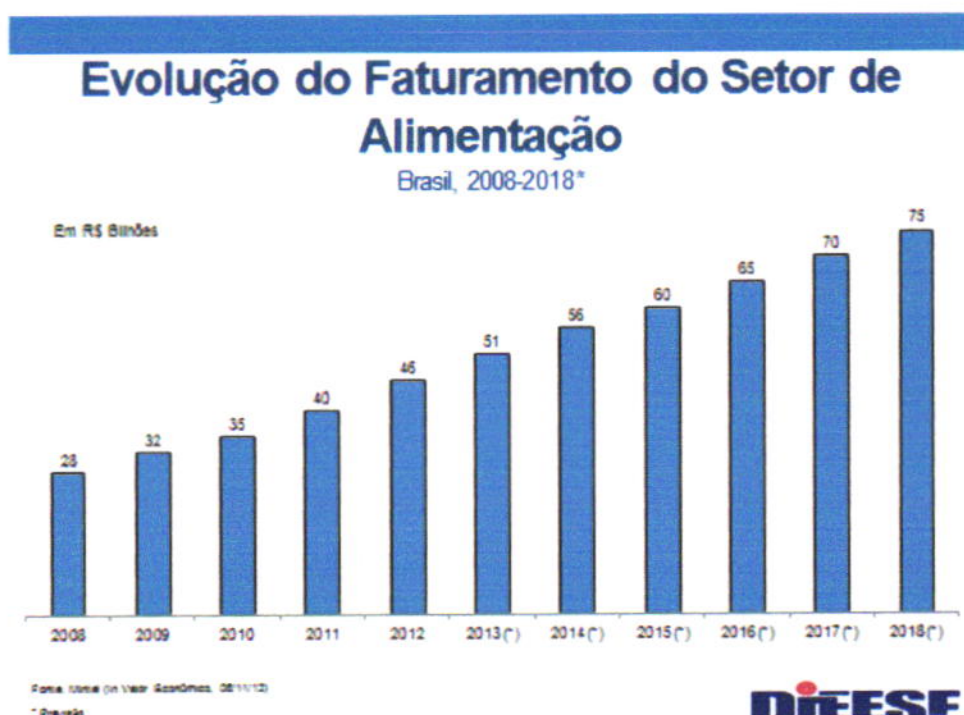


Em um sentido genérico, a rotatividade é a substituição de um trabalhador por outro. O cálculo feito pelo DIEESE é denominado Taxa de Rotatividade Descontada em que a instituição calcula uma taxa de rotatividade global e, em seguida, elabora uma segunda taxa – a qual se aproxima mais da realidade - que é a taxa descontada (exclui do cálculo aposentadorias, pedido de demissão, transferência e falecimento de trabalhadores).

Ou seja, os números apresentados pelo DIEESE são aqueles que decorrem de uma rescisão contratual por iniciativa exclusiva do empregador que é extremamente elevado.

No ramo de restaurantes e outros estabelecimentos de serviços de alimentação e bebidas o número de admitidos e desligados é quase idêntico, havendo uma pequena diferença de 23.376 trabalhadores que permaneceram no trabalho no ano de 2012.

A rotatividade permite ao empregador uma evolução no faturamento, desprestigiando a evolução do salário médio:



Dos gráficos acima expostos e das definições trazidas no estudo transcrito no início deste tópico elaborado pelo DIEESE conclui-se que o índice médio da rotatividade do setor de gastronomia no prazo de 03 meses é de 18% (dezoito por cento).

Como tal, com base nos elementos apresentados pelo DIEESE por meio dos estudos acima, o autor entende que compete a Vossa Excelência investigar a empresa para os fins a que alude o art. 239, §4º, CF, de modo que a empresa deve ser impingida ao pagamento de contribuição adicional ao financiamento do seguro desemprego, além da reparação dos danos causados aos trabalhadores.

A intervenção de Vossa Excelência se justifica, pois, para que o salário médio acompanhe o aumento do número de vínculos e da massa salarial, impedindo que a rescisão dos contratos de trabalho por parte do empregador (Taxa de Rotatividade Descontada) não afronte o direito fundamental ao trabalho e observe a função social da empresa.

DA RESCISÃO CONTRATUAL DESMENSURADA

Há que serem analisados os motivos pelo qual a Denunciada adota a rotatividade para reduzir os salários dos empregados e qual é o critério aplicado.

O critério utilizado pode ser observado, dentre outros motivos, em razão: do contrato de experiência; do seguro desemprego; de direitos advindos do aviso prévio proporcional da Lei nº 12.506/11.

Vale dizer, como visto no gráfico do DIEESE acima, afere-se que 18% (dezoito por cento) dos trabalhadores permanecem tão somente 2,9 meses na empresa; 3% (três por cento) fica de 03 à 5,9



meses exercendo atividade laboral; e outros 18% (dezoito por cento) permanece de 6 à 11,9 meses no emprego.

Dos 18% (dezoito por cento) dos trabalhadores que permanecem tão somente 2,9 meses na empresa tem-se o contrato de experiência previsto no art. 443, §2º, “c” da CLT, cuja duração é justamente os 90 (noventa) dias que representam os 18% (dezoito por cento). Nesta espécie de contrato por prazo determinado, o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho sem arcar com as multas inerentes aos contratos por prazo indeterminado, de acordo com o art. 479 e art. 481, ambos da CLT.

A rotatividade nestes contratos de até 3 meses e que correspondem a 18% (dezoito por cento) das demissões é utilizado para eximir o empregador de arcar com as multas das rescisões contratuais.

No que se refere ao percentual de 3% (três por cento) que fica de 03 à 5,9 meses exercendo atividade laboral, tem-se por finalidade obstar que o trabalhador afigure o seguro desemprego a que alude a Lei nº 7.998/90 que estabelece em seu art. 3º que terá direito ao benefício o empregado que tiver recebido salários consecutivos, no período de 6 meses anteriores à data de demissão. Impossibilitar que o trabalhador tenha acesso ao seguro desemprego demitindo-o antes dos 6 meses permite, em muitos casos, que o empregador inadimplente com o recolhimento de FGTS celebre um acordo diretamente com o empregado. Ou seja, para o levantamento do seguro-desemprego é necessário que o FGTS tenha sido sacado pelo trabalhador¹³.

Ou seja, em apenas 6 meses de contrato de trabalho as empresas são responsáveis por demitirem mais de 1/5 (um quinto) dos trabalhadores demonstrando a elevada taxa de rotatividade.

Outros 18% (dezoito por cento) permanece de 6 à 11,9 meses no emprego, menos de um ano. Tal fato ocorre a fim de impedir

¹³ Disponível em:

<http://www.caixa.gov.br/voce/social/beneficios/seguro_desemprego/index.asp>.

Consulta em: 14.05.2014.



a aquisição de direitos trabalhistas ao aviso prévio proporcional de acordo com a Lei nº 12.506/11 e Nota Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE que estabelece o direito à 30 dias do tempo de serviço caso o tempo de serviço seja inferior a 01 ano de contrato de trabalho. Acima de 01 ano, o trabalhador passa a ter o direito a 33 dias de aviso prévio.

As demissões que ocorrem em menos de 01 ano representam 39% (trinta e nove por cento) do total dos contratos de trabalho com prazo indeterminado. Ou seja, representa quase metade da totalidade.

A medida que o trabalhador possui mais tempo de contrato de trabalho, maior será a chance de obter um aumento salarial pelo critério de merecimento e, igualmente, direitos assegurados por lei como ocorre com o aviso prévio proporcional. A rotatividade induz o achatamento salarial e impede que o trabalhador obtenha vantagens ao seu contrato de trabalho.

Essa é a mesma prática adotada pela Denunciada tal como se observa pela documentação anexada.

Ou seja, quanto maior o tempo de trabalho, maior serão os direitos. Para evitar isso, a empresa demite os empregados a fim de achatar os salários e reduzir direitos, mantendo um nível baixo dentro de seu estabelecimento comercial.

A rotatividade faz com que o trabalhador que labora na empresa seja demitido para não ter a correção salarial, sendo substituído por outro trabalhador que receberá um piso salarial.

A rotatividade, como analisada acima, induz a frustração da aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 9º da CLT).

Vale dizer, o número de demissões ocorridos na empresa é maior do que o índice médio apresentado pelo DIEESE no ramo de gastronomia e hospitalidade.



A empresa deve cumprir a sua função social, nos termos do art. 5º, XXIII, CF c/c art. 170, III, CF:

Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade.

É a valorização do trabalho humano que deve ser observado pela empresa por se tratar, igualmente, da ordem social a que se refere o art. 193, CF: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. A rotatividade não deve ser desmensurada. A lei estabelece os limites de tolerância.

É certo que pende de julgamento no STF a ADI nº 1625 que versa sobre a constitucionalidade da denúncia da Convenção nº 158 da OIT feita pelo Governo brasileiro:

Quarta-feira, 03 de junho de 2009

Adiada decisão sobre retirada unilateral do Brasil da Convenção 158 da OIT¹⁴

O julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que protege o trabalhador contra a demissão arbitrária, teve sua conclusão adiada mais uma vez. A ministra Ellen Gracie pediu vista da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (Cut).

As entidades contestam o Decreto federal 2.100/96 do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, no qual informa a retirada do Brasil do acordo internacional relativo ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Alegam as entidades que um ato unilateral do presidente da República relativo a tratado internacional fere o artigo 49, I, da Constituição Federal, que trata das competências do Congresso

¹⁴ Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109132>>. Consultado em: 14.05.2014



Nacional.

Voto Vista

O julgamento de hoje começou com a apresentação do voto vista do ministro Joaquim Barbosa que abriu uma nova vertente no julgamento do caso. O ministro se pronunciou no sentido de julgar totalmente procedente a ação da Cut e da Contag para declarar inconstitucional o decreto presidencial que excluiu a aplicabilidade no Brasil da Convenção 158 da OIT.

Na avaliação de Joaquim Barbosa, da mesma forma que um acordo internacional para vigorar no Brasil precisa ser assinado pelo presidente da República e submetido à ratificação do Congresso Nacional, a extinção desse tratado deve passar pelo mesmo processo. Caso contrário, disse o ministro, há violação [formal] do texto constitucional, uma vez que o processo legislativo não foi respeitado.

Joaquim Barbosa, afirmou que na Constituição brasileira não há norma sobre 'denúncia de tratado', mas observou que um acordo internacional tem força de lei e que no Brasil nenhum ato com força de lei vigora sem a anuência do Parlamento. O ministro citou como exemplo as medidas provisórias que são editadas pelo poder Executivo, mas dependem de apreciação do Legislativo.

Parcial procedência

O relator da matéria, ministro Maurício Corrêa (aposentado) e o ministro Carlos Ayres Britto, inicialmente votaram pela procedência parcial da ação movida pela Contag e Cut. O julgamento começou em outubro de 2003 e nele os ministros defenderam que, assim como o Congresso Nacional ratifica os tratados internacionais, também tem o poder de decidir sobre a extinção deste tratado, por meio de decreto legislativo.

Assim, ambos os ministros haviam decidido que o decreto presidencial em questão deve ter interpretação conforme o artigo 49, inciso I da Constituição Federal, de forma a condicionar a denúncia da Convenção 158 da OIT ao referendo do Congresso Nacional.

Improcedência

Já em julgamento realizado em março de 2006, o ministro Nelson Jobim (aposentado) votou pela total improcedência da ação e a manutenção do decreto presidencial que denunciou a convenção 158 da OIT.

Na avaliação de Jobim, a denúncia de tratado internacional é feita unilateralmente pelo presidente da República que é o órgão que representa o país na ação e independe da apreciação do Congresso Nacional.



Denúncia

Quando um tratado internacional é firmado, como no caso da Convenção 158 da OIT, os países signatários têm um prazo para ratificar o acordo e também para contestá-lo. Ao apresentar uma denúncia, o país denunciante informa e torna público que a partir de uma determinada data aquele tratado deixará de vigorar internamente, ou seja, que houve rompimento do tratado.

No decreto contestado, o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, informa que a partir de 20 de novembro de 1997 a Convenção 158 da OIT deixaria de ser cumprida no Brasil. A convenção foi adotada em Genebra (Suíça) em junho de 1982 e é relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador – chamada de demissão arbitrária.

Pelo o que se verifica os autos ainda estariam na conclusão com a Ministra Ellen Grace se acaso estivesse ainda realizando atividades no E.STF. O andamento processual¹⁵ indica que os autos estão no STF sem julgamento definitivo e a notícia supramencionada permanece atual:

Data	Andamento	Órgão Julgador	Observação	Documento
25/04/2014	Publicação, DJE		DJE nº 78, divulgado em 24/04/2014	Despacho
23/04/2014	Despacho		em 22.04.2014, do Ministro Presidente, na Petição 2038/2014 "(...) Trata-se de petição em que Remisson Soares da Costa, advogado, requer a extração de cópias (...) Do exposto, defiro a extração das cópias, nos termos em que requeridas, observada a	

¹⁵ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>>
Consulta em: 14.05.2014.



			Instrução Normativa STF 139/2012, desde que não contenham escritos (debates) de ministros ativos desta Corte, cuja disponibilização deverá ser solicitada aos respectivos gabinetes. À Secretaria Judiciária para as providências cabíveis. Publique-se."	
30/01/2014	Petição		Vista dos autos - Petição: 2038 Data: 30/01/2014 17:58:05.419 GMT-02:00	
05/04/2011	Petição		** 19346/2011 - 05/04/2011 - VANDERLINO MIRANDA NUNES - REQUER PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. Ao Gabinete da Ministra Ellen Gracie, sem os autos.	
06/08/2009	Remessa		dos autos ao gabinete da Ministra Ellen Gracie devido ao pedido de vista	

Dentre outras questões, o debate que se impôs na Suprema Corte é a de que o inciso I do art. 7º da Constituição Federal exige que a proteção dos trabalhadores contra despedida arbitrária ou sem justa causa deveria ser realizada por meio de lei complementar e não por meio de norma internacional que ingressaria no ordenamento jurídico, à época anterior à EC 45/04, como lei ordinária.

Sobre o tema lecionou Souto Maior¹⁶ em artigo científico publicado (DOC.09):

(...) Mesmo assim, pode-se questionar, mas os termos da Convenção 158 são conformes à Constituição?

Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais. A Constituição brasileira, no artigo 7º, I, como visto acima, veda a dispensa arbitrária e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto, demonstrando a nítida compatibilidade entre os dois sistemas.

Verdade que a Constituição direciona à Lei Complementar - que possui quorum qualificado para aprovação - a fixação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o texto da Convenção não fora aprovado em Lei complementar. Entretanto, como dito acima, a inexistência da lei complementar não obsta a validade do preceito constitucional, que, no caso, destina-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária e que a aplicação, afinal, de tal princípio independe sequer de uma norma positiva que o regule. De todo modo, o máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional não impedir sua eficácia. O anseio do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestado e não seria uma lei complementar ou a falta dela que poderia, simplesmente, anulá-lo.

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7º, inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu quorum qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismos que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas.(...)

De igual maneira, a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais da OIT preconiza em seu art. 2º que:

¹⁶ MAIOR. Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5820/convencao-158-da-oit>>. Consulta em: 14.05.2014.



2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções...

Ou seja, independentemente da falta de ratificação as demissões deverão ser motivadas, exigindo-se no mínimo a justificação para seu término a fim de evitar a rotatividade que prejudica os trabalhadores e o próprio Governo Federal. Essa proteção contra a dispensa arbitrária está inserta no art. 4º da aludida Convenção nº 158 da OIT:

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

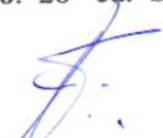
A rotatividade não é causa necessária para o funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço a guisa do art. 239, §4º, CF, supramencionado, que chega a exigir uma “contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor”.

Abandona-se a concepção de que a rescisão do contrato de trabalho é um direito potestativo do empregador, tal como leciona Amauri Mascaro Nascimento¹⁷:

...A liberdade de trabalho, interpretada erroneamente como liberdade absoluta para ambos os contratantes, também se prestou para as fundamentações que reforçaram a tese da rescisão unilateral do contrato como ato potestativo do empregador, como teria de ser, também, do empregado...

Diga-se, no entanto, que, mesmo à luz dessas ideias, Adolpho Lima reconhecia que “o despedimento *ex abrupto* é a fome, é a miséria de uma família, porquanto na organização atual difícil é encontrar trabalho, dada a pletora de braços existentes” (*Estudos*

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 1180/1181.



de economia social; o contrato de trabalho. Lisboa: José Bastos, 1909, p. 195)...

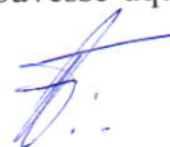
Desse modo, parece-me irrefletida qualquer tentativa de atribuir ao ato de dispensa do empregado a natureza de direito potestativo do empregador. O empregador não pode ter um poder absoluto, erga omnes, uma autoridade inoponível sobre o empregado, para despedi-lo, sem que alargada de modo indesejável e impróprio a noção de direito potestativo, já por si merecedora de limitações.
(g.n.)

Dessa teoria que entende pelo direito potestativo que assiste em favor do empregador para a demissão decorre a rotatividade que afeta os salários médio dos empregados que são colocados à míngua e não conseguem se fixar na empresa-Denunciada, afetando a sua própria estabilidade financeira e de sua família.

Por essa razão, requer-se a investigação e, se necessário, a utilização da tutela inibitória por parte deste r. MPT 2ª Região a fim de que a empresa cumpra com sua função social prevista nos arts. 5º, XXIII; art. 170, III e; art. 193, todos da Constituição Federal a fim de que seja elidida a grande rotatividade que se verifica na Denunciada que afeta os trabalhadores e o próprio Governo Federal nos termos do §4º do art. 239, CF. Há que ser aplicada no caso em apreço a previsão contida no art. 4º, da Convenção nº 158 da OIT, tendo em vista que a sua denúncia encontra-se *sub judice* nos autos da ADI nº 1625 que tramita perante o E.STF e não prevalece em face do que dispõe a Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, mais especificamente em seu art. 2º.

DA PERDA DE UMA CHANCE QUANDO A ROTATIVIDADE IMPEDE MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

A rotatividade praticada pela Denunciada é socialmente indesejada e patrimonialmente prejudicial aos trabalhadores, ferindo o Princípio da Estabilidade Financeira e afetando a vida familiar, impedindo-os de obter uma chance melhor se acaso não houvesse aquela



rotatividade por parte da Denunciada que utiliza a demissão como método para o aumento de sua lucratividade.

De acordo com Gilberto Andreassa Junior¹⁸:

O fundamento para tal indenização não surgiu em razão de um dano concreto sofrido pela vítima, haja vista a impossibilidade de demonstração do nexo causal...

A responsabilidade civil por perda de chance reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Isto ocorre, pois nos dias de hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir.

Na presente teoria, surge o ideal de que a reparação não ocorrerá através de um dano, mas sim pela perda de uma chance real...


Ou seja, mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo.

É o que ocorre no caso em apreço. Para os trabalhadores que são demitidos com menos de 03 meses de contrato de trabalho há o óbice para aquisição de um contrato de trabalho com prazo indeterminado. Ou seja, o prejuízo para estes seria a obtenção do contrato de trabalho por prazo indeterminado e o prosseguimento de seu sustento básico e de sua família.

Para aqueles demitidos antes de completados os 06 meses há o prejuízo pela frustração ao direito de percepção do seguro-desemprego. E aos demais trabalhadores, há o prejuízo por impedimento à aquisição do aviso prévio proporcional.

Não obstante aos danos supramencionados, em todos os casos os empregados estão impossibilitados de ser inseridos em

¹⁸ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. In: DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito do Trabalho da seguridade social: contrato de trabalho**. v. 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 661.



outras empresas, no desempenho de outras funções que lhes permitam adquirir uma melhor e maior estabilidade financeira.

A rotatividade praticada pela denunciada demonstra tratar-se de um dano atual, não hipotético. Cuida-se de uma negligência empresarial com sua função social, demitindo de forma reiterada e demasiada os seus empregados com o desiderato de achatamento salarial causando sérios prejuízos aos trabalhadores.

Para a fixação do quanto a ser indenizado, toma-se os ensinamentos de Antônio Jeová dos Santos¹⁹ para quem os critérios a serem observados são:

- a) A situação da vítima, se a chance invocada como perda tivesse se realizado. Deve-se tomar em conta, para isso, a existência e grau da álea;
- b) A chance em si mesma, valorada em função do interesse quebrantado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração;
- c) O montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver-se concretizada a chance e obtido o benefício esperado.

Não obstante, preconiza o art. 944 do Código Civil que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. No caso em apreço, o dano é oriundo da rotatividade que frustra os direitos trabalhistas dos empregados que ingressam na empresa, obstando-os de auferir lucros inerentes aos contratos de trabalho.

Requer-se que Vossa Excelência se digne em investigar a Denunciada e, se necessário, valer-se da competente Ação Civil Pública para a reparação dos danos causados aos trabalhadores.

¹⁹ SANTOS, Antônio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2001, pág. 115.



DO DANO MORAL EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À FELICIDADE

A conduta da Denunciada – considerada a taxa de rotatividade descontada (não global) - impede a busca da felicidade individual pelos trabalhadores ora representados por esta entidade sindical.

Trata-se do direito à busca da felicidade (*The Pursuit of Happiness*) que, por sua vez, há tempos constou expressamente de normas internacionais, destacando-se o art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, quando os Estados Unidos da América declarou a necessidade de não ser mais vinculado como colônia da Inglaterra:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Com a Revolução Francesa de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) - inspirada na Declaração de Independência americana de 1776 e no contexto filosófico do século XVII - fez constar em seu preâmbulo que:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e



incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.

Os desideratos das normas a partir daquele século XVIII era a de permitir a busca individual da felicidade, marcando o início de uma nova era marcada pelos Princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

No Brasil, o princípio da felicidade foi utilizado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132 de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral



negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade.** Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea... (STF, ADPF nº 132/RJ, Tribunal Pleno, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJe 14.10.2011) (g.n.)

Como se afere, o Princípio *The Pursuit of Happiness*, conquanto não esteja expresso na Constituição Federal, é decorrência da previsão inserta no §2º do art. 5º da norma constitucional a qual evidencia “que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’”.

Para o E.STF o referido princípio é oriundo implicitamente do postulado da dignidade da pessoa humana a que se refere o inciso III do art. 1º da CF, assumindo notória importância a fim de neutralizar ou combater omissões lesivas que pudessem comprometer a eficácia *The Pursuit of Happiness*.

Há o esforço do Poder Legislativo em inserir o Princípio da Felicidade no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/2010 no qual o referido art. 6º passaria a ter a seguinte redação: “São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, 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”.

A EC nº 19/2010 está na Subseção da Coordenação Legislativa do Senado desde 15.02.2011 com Parecer



favorável proferido em 10.11.2010 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania²⁰.

Como princípio oriundo da Dignidade da Pessoa Humana do inciso III, art.1º, CF, e norteado pela aplicação do §2º do art. 5º também da Constituição Federal, não há como admitir que uma determinada empresa viole os direitos dos trabalhadores impedindo-os da busca pela felicidade oriundos de condutas empresariais aviltantes.

(...) DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. **O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, "consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer."** (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.**). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos.

²⁰ Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622>.
Consulta em: 23.04.2014.



A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST, RR 727-76.2011.5.24.0002, 1ª Turma, Min. Rel. Hugo Carlos Scheuermann, j. 19.06.2013, DJe 28.06.2013)

Por fraudar os direitos trabalhistas com a adoção de rotatividade, a empresa pratica o dano moral existencial a todos os seus trabalhadores, impedindo-os de realizar seus projetos pessoais de vida e por corolário lógico a busca da felicidade.

De acordo com Thiago de Carvalho e Silva²¹: “Em última análise, as chances deste empregado ser feliz em seu projeto de vida seriam reduzidas por ato perpetrado pela empresa. É neste ponto que reside o cerne da questão”.

Como visto ao longo da petição, nos tópicos anteriores e subsequentes, o dano moral existencial carece de ser aplicado neste caso em apreço, uma vez que ao deixar de aplicar os direitos trabalhistas previstos nas Convenções Coletivas de Trabalho do SINTHORESP e insertos na CLT, a empresa impede a busca da felicidade de cada um de seus empregados.

Por essa razão é que a violação aos direitos trabalhistas previstos no art. 7º, CF e nas normas coletivas do SINTHORESP, de acordo com o inciso XXVI, do art. 7º, CF, enseja a atuação por parte deste r. MPT 2ª Região.

²¹ CARVALHO E SILVA, Thiago. **O direito à felicidade e o dano moral existencial**. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=13478>. Consulta em: 25.04.2014.



DANO MORAL COLETIVO

Conceitua Xisto Tiago Medeiros Neto²² que o dano moral coletivo é a:

...lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

O acordo coletivo é uma espécie de norma coletiva e como tal transcende o interesse jurídico individualmente tutelado e afeta os interesses metaindividuais que são socialmente relevantes para a categoria como em um todo.

A condenação em dano moral coletivo tem o caráter punitivo e pedagógico a todas as demais empresas que assumem o compromisso com os trabalhadores por meio de acordo coletivo de trabalho, mas o descumprem.

O demandado sonega direitos trabalhistas e causa danos à coletividade²³, por consectário lógico.

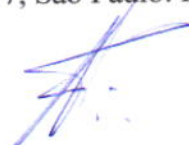
Trata-se, portanto, de “direitos e interesses titularizados pela coletividade... refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade”, conforme supramencionado.

Marcelo Freire Sampaio²⁴ sustenta que há um tripé justificador do dano moral coletivo, quais sejam: a) dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana; b) ampliação do conceito de dano moral coletivo envolvendo não apenas a dor

²² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, pág. 137.

²³ TST-RR-60700/2003, 4ª Turma, Rel. Ministro Fernando Eizo Ono. DEJT 18.04.2012.

²⁴ SAMPAIO, Marcelo Freire. **Dano moral coletivo trabalhista contra ente de direito público – cabimento e estudo jurisprudencial**. Vol. 77, São Paulo: Revista LTr. 77-01/47.



psíquica; c) coletivização dos direitos ou interesses por intermédio do reconhecimento legislativo dos direitos coletivos em sentido lato.

No que tange ao primeiro item (dimensão coletiva do princípio da dignidade humana) o autor extrai o conceito de Sarlet²⁵ para quem o referido princípio representa a existência de um dever geral de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos.

O descumprimento por parte da empresa em relação às cláusulas do acordo coletivo celebrado - ausentando-se em fixar aos contratos de trabalho a jornada, horário e salário - desrespeita a dignidade da pessoa humana de todos os trabalhadores. O descumprimento contratual é ofensa grave que não observa o referido dever geral de respeito à todos os trabalhadores da categoria.

O dano moral não envolve somente a dor psíquica. A proteção na atualidade abarca todo e qualquer dano extrapatrimonial, não estando limitada ao rol do inciso X do art. 5º da CF (intimidade, vida privada, honra e imagem), tendo o caráter meramente exemplificativo como leciona Caio Mário da Silva Pereira²⁶.

O simples descumprimento contratual por parte da empresa de um contrato de caráter coletivo gera o dano a todos os trabalhadores que viram frustradas a expectativa de fixação da jornada, horário e salários. Houve o descumprimento da função social da empresa assumida em contrato coletivo de trabalho.

Por fim, o reconhecimento legislativo dos direitos coletivos previstos em normas legais, apontado pelo autor, decorre da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e da Ação Civil Pública. Tamanha é a importância da defesa da coletividade que o legislador inseriu em normas legais destinada à tutela destes direitos metaindividuais.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág. 52 *apud* SAMPAIO, Marcelo Freire. **Dano moral coletivo trabalhista contra ente de direito público - cabimento e estudo jurisprudencial**. Vol. 77, São Paulo: Revista LTr. 77-01/47.

²⁶²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pág. 58.

Assim sendo, diante do descumprimento da norma coletiva firmada que gerou a expectativa de direitos à fixação do salário, jornada e horário dos trabalhadores da categoria, requer-se que Vossa Excelência se digne em instaurar o competente processo administrativo voltado a aferir, dentre outras práticas, o dano moral coletivo causado pela empresa com a consequente Ação Civil Pública.

CONCLUSÃO

Ante tudo o quanto consignado, requer-se que Vossa Excelência se digne em instaurar o competente processo administrativo a fim de apurar a utilização da confessada rotatividade acima de 100% (cem por cento) da Denunciada que supera a rotatividade no setor que é de 32% (trinta e dois por cento) de acordo com o DIEESE, supramencionado.

Para tanto, requer-se que a rotatividade existente na empresa seja devidamente investigada por este r. MPT, com o auxílio desta entidade sindical que, por sua vez, pleiteia a convocação das partes por parte de Vossa Excelência para Mesa de Conciliação (art. 83, XI, Lei Complementar nº 75/93) e, caso infrutífera, seja instaurada a competente Ação Civil Pública.

O procedimento investigatório a ser instaurado por Vossa Excelência é dotado de Poder de Polícia – a qual não assiste aos sindicatos - e permite exigir que a Denunciada exiba todos e quaisquer documentos para a perquirição da verdade, em especial RAIS, CAGED, Folhas de Pagamento, holerites, Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho e outros que este r. MPT 2ª Região entender pertinente para aferição da rotatividade.

Ressalta-se, pois, que a prática empresarial afeta direito dos trabalhadores e carece de tratamento específico por parte deste r. MPT 2ª Região.



Nesses termos,

Pede deferimento.

São Paulo, 23 de março de 2016.



FRANCISCO CALASANS LACERDA

Presidente do Sinthoresp