

AMPLIAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PARA O DIREITO DO TRABALHO

EXPANSION OF THE CONSUMER PRODUCTIVE DIVERSION THEORY TO LABOR LAW

Marcos Dessaune¹

RESUMO: O artigo examina a ampliação da *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* para o Direito do Trabalho a partir das similaridades existentes entre as relações de consumo e de trabalho, especialmente a assimetria entre as partes. O estudo se desenvolve diante da constatação de que a vulnerabilidade, que é a justificativa da proteção legal do consumidor e caracteriza a relação de consumo, também identifica a relação de emprego, que é uma das relações trabalhistas em que é possível encontrar um sujeito em evidente e notória situação de desigualdade. O artigo conclui que o empregador, ao criar problemas variados no curso das atividades que desempenha com poder de direção, tem a possibilidade e a força de impor o desvio produtivo do empregado, que é o sujeito mais fraco da relação de emprego.

Palavras-Chave: Teoria do desvio produtivo do consumidor – Ampliação para o direito do trabalho – Similaridades entre as relações de consumo e de trabalho.

ABSTRACT: The article examines the expansion of the *Consumer Productive Diversion Theory* to Labor Law based on the existing similarities between consumer and labor relations, especially the asymmetry between the parties. The study develops from the observation that vulnerability, which justifies consumer legal protection and characterizes the consumer relation, also identifies the employment relation, which is one of the labor relations in which it is possible to find a party in an obvious and notorious situation of inequality. The article concludes that the employer, by creating varied problems in the course of the activities he or she carries out with directive power, has the possibility and the strength to impose the productive diversion of the employee, who is the weaker party in the employment relation.

Keywords: Consumer productive diversion theory – Expansion to labor law – Similarities between consumer and labor relations.

1. INTRODUÇÃO

¹ Autor da *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* que, até 15-12-2022, já havia sido citada em 44.918 acórdãos dos 27 tribunais estaduais e do DF, em 222 acórdãos dos seis TRFs e em 256 decisões monocráticas e quatro acórdãos do STJ. Também é autor do *Código de Atendimento ao Consumidor / Customer Service Code* e das *Histórias de um Superconsumidor*. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Brasil) e diplomado em *Business* pela Indiana University (EUA). Aperfeiçoado em Qualidade de Atendimento ao Cliente pela Disney University (EUA) e pela Fundação Getúlio Vargas (RJ). Treinado em Resolução de Conflitos Administrativos pelo Ombudsman Federal da Bélgica e pelo Provedor de Justiça de Portugal. Ex-membro da Comissão Nacional de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB e membro atuante do Instituto Brasilcon. Advogado, consultor, parecerista, palestrante.

Após a publicação da *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* em novembro de 2011, surgiu um paulatino interesse acadêmico e profissional na tese, o que se somou à sua crescente aceitação pela jurisprudência nacional. Esses fatores, somados, passaram a motivar questionamentos recorrentes acerca da possibilidade de a *Teoria* consumerista também se aplicar em outros campos do Direito, especialmente diante das similaridades existentes entre a relação de consumo e algumas outras relações jurídicas – como a relação de trabalho.

A *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* promoveu a resignificação e a valorização do tempo do consumidor, vem possibilitando a superação da jurisprudência brasileira lastreada no argumento do “mero aborrecimento”, vem contribuindo para a ampliação do conceito de dano moral no País e ensejou o desenvolvimento gradual de uma nova jurisprudência nacional: a do “desvio produtivo do consumidor”.

A existência do Direito do Consumidor, assim como a aplicação de suas normas que visam a proteger o consumidor, está fundada no reconhecimento da sua vulnerabilidade no mercado de consumo, que é o princípio básico que está positivado no Código de Defesa do Consumidor e que informa esse ramo jurídico. A vulnerabilidade é, portanto, a justificativa da proteção legal do consumidor, que é o sujeito mais fraco da relação de consumo.

O Direito do Trabalho, por sua vez, estuda o trabalho subordinado do trabalhador que não tem autonomia em sua atividade profissional. A finalidade da disciplina é assegurar a melhoria das condições de trabalho e sociais do trabalhador, por meio da legislação que também visa a proteger o obreiro. Tradicionalmente, a hipossuficiência é o fundamento teórico do princípio protetivo juslaboral que, em sua acepção originária, remete à desigualdade econômica existente entre o empregador e o trabalhador, que igualmente é considerado a parte mais fraca da relação de trabalho.

Logo, para que se possa verificar se a *Teoria* consumerista também se aplica no Direito do Trabalho, será necessário rever a justificativa da proteção legal do sujeito mais fraco da relação de consumo; apontar uma das relações trabalhistas em que é possível encontrar um sujeito em evidente e notória situação de desigualdade; examinar se a justificativa que caracteriza a relação de consumo também identifica a relação de trabalho apontada; destacar, exemplificativamente,

obrigações ou deveres jurídicos do sujeito mais forte dessa relação de trabalho, cujo descumprimento pode gerar entraves e/ou outros problemas relevantes para o sujeito do polo oposto; e confirmar se o sujeito mais forte dessa relação de trabalho, ao criar os mais diversos problemas no curso das suas atividades, tem o poder de impor o desvio produtivo do sujeito em posição de desvantagem na relação.

2. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Entre os anos de 2005 e 2007, ao elaborar o capítulo dedicado aos “danos ao consumidor” do meu *Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007)*,² percebi que havia um fato ainda desconhecido no Direito ocorrendo nas relações de consumo, que aparentemente não se amoldava ao conceito clássico de dano moral. Tal problema, que já vinha me incomodando como consumidor, despertou o meu interesse acadêmico e me levou a investigá-lo. Portanto foi durante o desenvolvimento do *CAC 2007*³ que eu identifiquei e brevemente descrevi este fenômeno que se confirmaria novo para o Direito, que à época denominei “desvio produtivo”.⁴ A investigação do referido fenômeno foi gradativamente aprofundada nos meus estudos subsequentes,⁵ culminando com a proposição da *Teoria do Desvio Produtivo do*

² DESSAUNE, Marcos. Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007): uma nova ética das relações de consumo. In: DESSAUNE, Marcos. *Histórias de um Superconsumidor*: ilustradas com o novo Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007) e principais dispositivos legais aplicáveis. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 2009. p. 239-282.

³ O desenvolvimento do *CAC 2007* foi iniciado em 2005 e finalizado em 2007. Em 01-03-2007 a obra foi registrada no Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional sob o nº 393.387, sendo publicada pela primeira vez em 2009 como apêndice do meu livro de crônicas de consumo *Histórias de um Superconsumidor* (DESSAUNE, 2009, p. 239-282).

⁴ A primeira descrição – ainda incipiente – do novo fenômeno dizia: “*desvio produtivo*, caracterizado quando o consumidor, diante de um mau atendimento, precisa desperdiçar o seu recurso produtivo limitado ‘tempo’ e desviar as suas ‘competências’ – de uma atividade necessária ou por ele preferida – para resolver um problema criado pela empresa, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável” (DESSAUNE, 2009, p. 268). Veja, mais à frente deste artigo, o conceito atual de “desvio produtivo do consumidor”.

⁵ Entre 2007 e 2008 desenvolvi o tema numa monografia (DESSAUNE, Marcos. *A inexistência no Brasil de tutela jurídica específica das situações de Desvio Produtivo do Consumidor*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Estácio de Sá de Vitória, 2008); entre 2009 e 2011 enriqueci-o e o lancei em livro pela Editora Revista dos Tribunais (DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: RT, 2011); entre 2012 e 2017 aprofundei-o e o lancei em Edição Especial do Autor (DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017); e, em 2022, publiquei-o inteiramente revisto, reestruturado e ampliado também em Edição Especial do Autor (DESSAUNE, Marcos. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3. ed. rev., modif. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022).

Consumidor que, por razões fáticas e metodológicas, foi originalmente desenvolvida delimitando-se seu objeto de estudo ao Direito do Consumidor.

A *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* pioneiramente identificou e valorizou o tempo do consumidor,⁶ que elevou à categoria de um bem jurídico;⁷ vem possibilitando a superação paulatina da jurisprudência brasileira baseada no argumento do “mero aborrecimento”, a qual fora construída sobre bases equivocadas;⁸ vem contribuindo para a ampliação do conceito de dano moral no Brasil, ao apontar esse tempo do consumidor como um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado; e ensejou o desenvolvimento gradual de uma nova jurisprudência nacional,⁹ fundada no reconhecimento da perda indevida do tempo do consumidor e da perturbação do seu cotidiano e/ou planejamento de vida, ou seja, no reconhecimento do “desvio produtivo do consumidor” que é levado a enfrentar problemas de consumo criados e impostos pelo próprio fornecedor.

Ao lado disso, evidenciou-se nos últimos anos um crescente interesse acadêmico e profissional na *Teoria* que, aliado à sua surpreendente aceitação e

⁶ Refiro-me ao “tempo vital ou existencial” do consumidor, que tem como características a finitude (ou escassez), inacumulabilidade e irrecuperabilidade (DESSAUNE, 2022, p. 168 e 172-173). Na lição de Pablo Stolze, “na perspectiva mais difundida, ‘dinâmica’ (ou seja, em movimento), o *tempo* é um ‘fato jurídico em sentido estrito ordinário’, ou seja, um acontecimento natural [como o decurso do tempo], apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito [...] Em perspectiva ‘estática’, o *tempo* é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica” (STOLZE GAGLIANO, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3540, 11-03-2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23925>). Acesso em: 30-03-2015).

⁷ DESSAUNE, 2022, p. 172-173. Stolze e Pamplona definem *bem jurídico* como “toda a utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo”. E acrescentam que “todo bem econômico é um bem jurídico, mas a recíproca, definitivamente, não é verdadeira, tendo em vista que há bens jurídicos que não podem ser avaliáveis pecuniariamente”. Os autores lembram, ainda, que as prestações também podem ser objeto de direitos. Assim sendo, e ressalvando que, “em geral, bem significa toda utilidade em favor do ser humano, conceito que não interessa diretamente ao Direito”, Stolze e Pamplona concluem que, “em sentido jurídico, *lato sensu*, bem jurídico é a utilidade física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real” (STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 1: parte geral. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 306).

⁸ O primeiro equívoco é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era essencialmente a dor, o sofrimento, o abalo psíquico, e se tornou a lesão a qualquer bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, abrangendo os bens objeto dos direitos da personalidade. O segundo (equívoco) é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são a sua liberdade, o seu tempo e as atividades existenciais que cada pessoa escolhe nele realizar. O terceiro (equívoco) é que esse tempo não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra protegido tanto no rol aberto dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida. Por conseguinte o lógico seria concluir que os eventos de desvio produtivo do consumidor acarretam, no mínimo, dano moral *lato sensu* reparável (DESSAUNE, 2022, p. 149-150).

⁹ DESSAUNE, 2022, p. 306-319.

utilização pela jurisprudência pátria,¹⁰ trouxe questionamentos cada vez mais frequentes se ela também se aplicaria em outras áreas do Direito, especialmente diante das similaridades existentes entre as relações de consumo e algumas outras relações jurídicas – sobretudo as trabalhistas.

É, portanto, a possibilidade de ampliação da *Teoria* consumerista para o campo juslaboral o que se vai analisar adiante neste artigo.

Nos termos já estabelecidos na obra de referência, o *desvio produtivo do consumidor* é o evento danoso (dano-evento) que tem origem quando o fornecedor, no curso da sua atividade, cria um problema de consumo¹¹ e se exime da sua responsabilidade de saná-lo voluntária e efetivamente no prazo legal ou contratual ou, na inexistência dele, em prazo compatível com a essencialidade, a utilidade ou a característica do produto ou do serviço. Com esse comportamento, o fornecedor leva o consumidor em estado de carência¹² e situação de vulnerabilidade a desperdiçar o seu tempo vital e a se desviar das suas atividades existenciais¹³ para enfrentar o problema que lhe foi imposto, o que resulta em um dano extrapatrimonial de natureza existencial pela lesão ao tempo e pela alteração danosa do cotidiano e/ou do projeto de vida do consumidor.¹⁴

O que se afirma, em outras palavras, é que o fornecedor, na condição de sujeito mais forte da relação de consumo, encontra-se numa posição de vantagem

¹⁰ De acordo com minha última pesquisa quantitativa de jurisprudência, em 15-12-2022 a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* já havia sido citada em 44.918 acórdãos dos 27 tribunais estaduais e do Distrito Federal, em 222 acórdãos dos seis tribunais regionais federais e em 256 decisões monocráticas e quatro acórdãos do STJ. Ademais, a partir de 2019 a *Teoria* consumerista passou a ser aplicada, por analogia, ao Direito Administrativo (e.g. pelo TJSP e pelo TRF-2) e ao Direito do Trabalho (e.g. pelo TRT-17), tendo sua utilização na esfera juslaboral posteriormente confirmada pelo TST. A metodologia de pesquisa utilizada foi efetuar, na página de “pesquisa de jurisprudência” do *site* de cada tribunal estadual, distrital, federal e do STJ, durante um único dia escolhido aleatoriamente, buscas pela expressão exata e inequívoca “desvio produtivo” (entre aspas) na ementa e no inteiro teor das decisões colegiadas proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis, pelas câmaras cíveis dos tribunais de 2ª instância e pelas turmas de direito privado do STJ, adicionalmente às buscas nas decisões monocráticas proferidas pelos ministros daquela Corte Superior.

¹¹ Problema de consumo: enquanto fato antijurídico criado pelo próprio fornecedor, é representado pelo fornecimento de um produto ou serviço com vício ou defeito ou pelo emprego de uma prática abusiva no mercado, o que enseja a sua responsabilidade de sanar o problema ou indenizar o consumidor voluntária, tempestiva e efetivamente (DESSAUNE, 2022).

¹² Estado de carência: corresponde ao estado de desconforto ou de tensão gerado pela ativação de certa carência (necessidade, desejo ou expectativa). Tal estado impulsiona a pessoa a obter certo objeto ou a alcançar determinada meta e, geralmente, não permite demora (DESSAUNE, 2017, 85-86).

¹³ Atividades existenciais: são as atividades que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade, destacando-se estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial (DESSAUNE, 2017, baseado em conceitos de SCHREIBER, 2011, *passim*, e ALMEIDA NETO, 2005, *passim*).

¹⁴ DESSAUNE, 2022, p. 363.

econômica, jurídica, técnica e/ou informacional que lhe permite criar restrições, dificuldades, obstáculos e/ou outros problemas relevantes no curso da sua atividade e, adicionalmente, não dar a eles a solução adequada, tempestiva e efetiva que lhe cabe por lei ou por contrato. Nesse contexto, o fornecedor tem o poder de impor o desvio produtivo do consumidor que, sendo o sujeito mais fraco dessa relação jurídica e estando numa posição de desvantagem, precisa se submeter a tal situação danosa¹⁵ ora pela necessidade ou premência de satisfazer certa carência,¹⁶ ora para buscar uma solução, ora para evitar um prejuízo, ora para reparar algum dano.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Destarte, para que se possa verificar e afirmar que a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* também se aplica no Direito do Trabalho, mostra-se necessário (1) rever qual é a justificativa ou explicação da proteção legal do sujeito mais fraco da relação de consumo; (2) apontar uma das relações trabalhistas em que é possível encontrar um sujeito em evidente e notória situação de desigualdade; (3) examinar se a justificativa ou explicação que caracteriza a relação de consumo também identifica a relação de trabalho apontada; (4) destacar, exemplificativamente, obrigações ou deveres jurídicos do sujeito mais forte dessa relação de trabalho, cujo descumprimento pode gerar entraves e/ou outros problemas relevantes para o sujeito do polo oposto e (5) confirmar se o sujeito mais forte dessa relação de trabalho, ao criar os mais diversos problemas no curso das suas atividades, tem o poder (possibilidade e força) de impor o desvio produtivo do sujeito em posição de desvantagem na relação.

Sabe-se que a existência do Direito do Consumidor, assim como a aplicação de suas normas visando a proteger o sujeito mais fraco da relação de consumo, está fundada no reconhecimento da *vulnerabilidade* do consumidor no

¹⁵ Refiro-me ao próprio desvio produtivo, que é um evento danoso que o fornecedor tem o poder de impor ao consumidor.

¹⁶ Carências: designam o conjunto das necessidades, desejos e expectativas da pessoa. As carências englobam as *necessidades* biológicas e culturais, os *desejos* criados principalmente por técnicas de marketing, pela emulação social, pela perspectiva de obter diferentes formas de prazer e realização, por alguns estados emocionais e por alguns distúrbios mentais, englobando, ainda, as *expectativas* geradas especialmente por informações, por promessas, por experiências, por valores morais e por direitos. Tais carências, quando ativadas, criam um estado de desconforto ou de tensão que impulsiona a pessoa a obter certo objeto ou a alcançar determinada meta, geralmente não permitindo demora (DESSAUNE, 2009, p. 255-257; CHIAVENATO, 2006, p. 64-66).

mercado, que é o princípio básico que está positivado no art. 4º, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e que informa todo esse ramo do Direito.

De acordo com Bruno Miragem:

A opção do legislador brasileiro [...] foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.¹⁷

O autor acrescenta que:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.¹⁸

A *vulnerabilidade* é, portanto, a justificativa ou explicação¹⁹ da proteção legal do consumidor, que é o sujeito mais fraco da relação jurídica de consumo.

Segundo Francisco Amaral,²⁰ *relação jurídica* é “o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres”. Ou seja, é “a situação jurídica de bilateralidade que se estabelece entre sujeitos, uns em posição de poder, e outros em correspondente posição de dever”. Tais poderes e deveres são “estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse, entendendo-se como interesse a necessidade que alguém tem de bens materiais ou imateriais, o que se constitui em razão para agir”. Na lição de Perlingieri,²¹ “a relação jurídica é, portanto, sob o perfil funcional, regulamento, disciplina de centros de interesses opostos ou coligados, tendo por objetivo a composição de interesses”.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 62.

¹⁸ MIRAGEM, 2008, p. 62.

¹⁹ Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, discorrendo sobre *a construção e o sentido atual da vulnerabilidade no direito*, ensinam que “a vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 52).

²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 10. ed. rev. e modif. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 353.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 737.

Partindo-se da ampla noção de vulnerabilidade vista acima – que pode ser técnica, jurídica, fática e informacional –²² e diante das similaridades existentes entre as relações de consumo e de trabalho, é possível apontar especificamente a *relação de emprego* como a relação juslaboral que, assim como a relação de consumo, possui um sujeito em evidente e notória situação de desigualdade. Logo é ela a relação jurídica de interesse primário deste estudo, a qual será examinada a seguir.

O objeto do Direito do Trabalho é o estudo do trabalho subordinado do trabalhador que não tem autonomia em sua atividade profissional. A finalidade da disciplina é assegurar a melhoria das condições de trabalho e sociais do trabalhador, por meio da legislação que visa à sua proteção. Isso se justifica porque o trabalhador é considerado a parte mais fraca da relação com o empregador, que em geral é economicamente mais forte e suporta os riscos da sua atividade econômica.²³

De acordo com Leandro do Amaral Dorneles,²⁴ tradicionalmente a *hipossuficiência* é o fundamento teórico do princípio protetivo juslaboral. Em sua acepção técnica originária, a hipossuficiência remete à desigualdade econômica existente entre o trabalhador e seu empregador. A leitura da desigualdade existente entre as classes sociais consolidou a premissa teórica juslaboral da hipossuficiência que, por sua vez, foi traduzida normativamente por dependência que, ao ser doutrinariamente adjetivada como hierárquica, resultou na ideia triunfante de subordinação.

Nas palavras de Sergio Pinto Martins:

Subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador aguardando ou executando suas ordens. O poder de direção representa o aspecto ativo da relação de emprego, enquanto o aspecto passivo é a subordinação. O trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. O empregador comanda, determina, ordena, manda; o empregado obedece, ao executar as ordens que lhe são determinadas.²⁵

²² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* [livro eletrônico]: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: RT, 2019. p. RB-2.1.

²³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. atualiz. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17-18.

²⁴ DORNELES, Leandro do A. D. de. 141. Vulnerabilidade e relação de trabalho. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso; FITA, Fernando; FREDIANI, Yone; NAHAS, Thereza (Org.). *Direito do trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT*: compilação de verbetes. 1. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 9.

²⁵ MARTINS, 2012, p. 161.

O autor identifica várias espécies de subordinação, entre elas a econômica, a técnica, a hierárquica, a jurídica, a estrutural.²⁶

Representando o contraponto da subordinação,²⁷ o *poder de direção* é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado, decorrentes do contrato de trabalho. O poder de direção compreende organizar as atividades do obreiro, bem como controlar e disciplinar o trabalho dele, de acordo com os fins do empreendimento.²⁸

Martins ensina que:

A relação de trabalho é a relação jurídica objetiva, que cria direitos e obrigações derivados da prestação de trabalho. A relação é o conteúdo do contrato. O contrato é a estrutura jurídica da relação. O contrato de trabalho dá origem à relação de trabalho. O contrato de trabalho, na verdade, já é uma relação jurídica de trabalho, mesmo não existindo prestação de serviços, pois gera direitos e obrigações. Se para a existência da relação de emprego é preciso um ajuste, ainda que verbal ou tácito, mesmo que não expresso, há uma interação entre o contrato e a relação e um não pode subsistir sem o outro. A relação é o efeito do contrato e não a causa.²⁹

A *relação de emprego*, especificamente, trata do pacto laboral entre o empregador e o empregado subordinado, e não da relação de qualquer trabalhador, como o autônomo. Afinal, “todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado”.³⁰

Portanto na ampla esfera da relação de trabalho, que é gênero, o objeto do presente estudo limitar-se-á à *relação de emprego* – que é a espécie dela que trata do trabalho subordinado e não eventual. Significa dizer que não se inclui no escopo desta investigação a prestação de serviços do funcionário público, do avulso, do autônomo, do eventual, etc.³¹

Historicamente, os conceitos de subordinação vêm se estreitando desde o seu surgimento, de modo que, atualmente, o trabalho tutelado pelo Direito do Trabalho é apenas aquele exercido sob condição de subordinação típica, no qual o empregador

²⁶ MARTINS, 2012, p. 140-142.

²⁷ D'AQUINO, Lúcia S. Uma aproximação dos conceitos de subordinação e vulnerabilidade: análise comparativa entre o direito do trabalho e o direito do consumidor. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, ano 4, n. 8, p. 181-208, jul./dez. 2016. p. 186.

²⁸ MARTINS, 2012, p. 216.

²⁹ MARTINS, 2012, p. 99.

³⁰ MARTINS, 2012, p. 88 e 139.

³¹ MARTINS, 2012, p. 88 e 99.

exerce o seu poder de comando sobre o empregado.³² Ou seja, “o princípio protetor protege o empregado e não qualquer trabalhador”.³³

A propósito, Leandro do Amaral Dorneles³⁴ alerta que a reconfiguração do mundo do trabalho na contemporaneidade, que apresenta um descompasso entre o universo jurídico e o social, exige uma reformulação da tradicional hipossuficiência como postulado básico da teoria juslaboral. Nesse sentido, Carmen Camino³⁵ sustenta que as profundas transformações ocorridas na ordem socioeconômica no final do século passado deram outra dimensão às relações entre capital e trabalho, fazendo com que o conceito original e estreito da hipossuficiência evoluísse. Destarte a autora propõe a *vulnerabilidade*, enquanto medida relativa de proteção do operário do chão da fábrica ao alto executivo pós-graduado, como o novo fundamento da proteção juslaboral.

De acordo com Marques, Benjamin e Miragem, a vulnerabilidade é um desdobramento do princípio da igualdade, embora com ele não se confunda. Nesse sentido, os autores lecionam que:

[...] a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado [...], é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.³⁶

Logo o reconhecimento jurídico da vulnerabilidade configura “uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco”.³⁷

Dorneles³⁸ acrescenta que, nas relações de emprego em geral, é possível identificar um conjunto de desigualdades especialmente nos planos negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informacional. Como exemplo, o autor lembra que a produção capitalista é obtida mediante o trabalho alheio, isto é, o

³² D'AQUINO, 2016, p. 192.

³³ MARTINS, 2012, p. 69.

³⁴ DORNELES, 2020, p. 9-10.

³⁵ CAMINO, Carmen. *Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público* (Tese de doutorado). UFRGS (Faculdade de Direito - PPGD): Porto Alegre, 2011. *passim*.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 144.

³⁷ MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 10.

³⁸ DORNELES, 2020, p. 10.

empresário recruta, organiza, dirige, fiscaliza e retribui o trabalho para fins de produção.

Para Dorneles,

[o] fato de ser *recrutado* por outrem é um indicativo da *vulnerabilidade negocial* do trabalhador; o de ser *fiscalizado e dirigido*, da *vulnerabilidade hierárquica ou jurídica*; o de ser *remunerado*, da *vulnerabilidade econômica*; e o de *se inserir em uma organização*, da *vulnerabilidade técnica*.³⁹

De acordo com Marques e Miragem, “vulnerabilidade técnica” significa que o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, sendo, portanto, mais facilmente enganado quanto às características ou à utilidade do produto ou do serviço. A vulnerabilidade técnica engloba a “vulnerabilidade informacional”, que é caracterizada pelo déficit informacional do consumidor e representa, atualmente, o maior fator de desequilíbrio da relação do consumidor com os fornecedores que, mais do que *experts*, são os únicos e verdadeiros detentores da informação.⁴⁰ Logo o fato de se inserir numa organização é um indicativo de que o trabalhador possui “vulnerabilidade técnica ou informacional”, porque é a organização como um todo, e não ele individualmente, a verdadeira detentora do complexo de informações existentes acerca da atividade dela.

Dorneles assinala ainda que:

A vulnerabilidade apresenta-se em uma relação jurídica protagonizada por dois sujeitos desiguais. O empregado isolado é presumidamente vulnerável, mas o desdobramento jurídico desta presunção pode ter maior ou menor repercussão quando se analisa o empregado na relação com seu empregador.⁴¹

E conclui que a teoria das vulnerabilidades, enquanto fundamento juslaboral, tem por objetivo reconciliar a instrumentalidade desse ramo do Direito com as efetivas necessidades sociais, diversificadas e ainda muito apoiadas na necessidade de proteção decorrente do desequilíbrio das relações de trabalho.⁴²

Numa análise comparativa do Direito do Trabalho com o Direito do Consumidor, Lúcia d’Aquino⁴³ também propõe a revisão do conceito de

³⁹ DORNELES, 2020, p. 10.

⁴⁰ MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 68-69.

⁴¹ DORNELES, 2020, p. 11.

⁴² DORNELES, 2020, p. 12.

⁴³ D’AQUINO, 2016, *passim*.

“subordinação” como critério de verificação da existência de relação de trabalho, aproximando-o do conceito de “vulnerabilidade” que caracteriza a relação de consumo.

Para a autora:

Tanto o Direito do Trabalho quanto o Direito do Consumidor foram criados pensando em minimizar as desigualdades entre as partes da relação. São direitos de cunho protetivo, em que uma das partes é visivelmente mais fraca que a outra, necessitando de uma proteção maior a fim de que, no exercício de seus direitos, a desigualdade seja minimizada.⁴⁴

D’Aquino segue explanando que:

Trabalhador e consumidor são claramente vulneráveis [...] Há pouca – ou nenhuma – diferença entre a posição de vulnerabilidade de um consumidor que assina um contrato de adesão com uma empresa fornecedora de energia elétrica [e] um trabalhador que assina um contrato de trabalho padrão, em que não há negociação a respeito de suas cláusulas, mas tão somente aceitação das condições impostas pelo empregador. Ambos contratam em razão de premente necessidade, sujeitando-se à vontade do mais forte para que tenham suas necessidades básicas atendidas.⁴⁵

Estando o empregado, pois, numa situação de sujeição em sua relação com o empregador – à semelhança da assimetria de forças existente entre um consumidor pessoa natural e uma empresa fornecedora –, pode-se concluir que a vulnerabilidade que caracteriza a relação de consumo *também identifica* a relação de emprego.

O contrato de trabalho, enquanto estrutura jurídica que dá origem à relação de emprego e gera *direitos e obrigações* para as partes, tem como objeto direto a prestação de serviço subordinado e não eventual pelo empregado, mediante o pagamento de salário pelo empregador. Significa dizer que, no contrato de trabalho, a *obrigação principal* do empregado é prestar serviços, enquanto a do empregador é pagar salário. O empregador também tem *outras obrigações*⁴⁶ como proporcionar um meio ambiente saudável para o empregado, fornecer-lhe equipamentos de proteção individual (EPI), emitir comunicação de acidente do trabalho, anotar sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), entregar-lhe os documentos que comprovem

⁴⁴ D’AQUINO, 2016, p. 199.

⁴⁵ D’AQUINO, 2016, p. 199-200.

⁴⁶ Ditas “acessórias” (MARTINS, 2012, 100).

a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes, pagar-lhe as verbas rescisórias, etc.⁴⁷

Além disso, nos termos do art. 7º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os trabalhadores têm garantidos, entre seus *principais direitos*, remuneração nunca inferior ao salário mínimo, duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 horas semanais, períodos de descanso, repouso semanal e férias anuais, adicional de horas extras, etc.

Conseqüentemente depreende-se que o empregador possui, entre suas *principais obrigações*, remunerar o empregado pontualmente com pelo menos um salário mínimo e os adicionais devidos, assegurar-lhe regularmente os períodos de descanso, repouso semanal e férias anuais e adimplir suas demais obrigações trabalhistas voluntária e efetivamente *nos prazos* definidos em lei – notadamente nos arts. 29, 134, 137, 459 § 1º e 477 da CLT^{48 49 50 51} –, cujo descumprimento (desses prazos e condições) pode gerar restrições, dificuldades, obstáculos e/ou outros

⁴⁷ MARTINS, 2012, p. 100.

⁴⁸ “Art. 29. O empregador terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para anotar na CTPS, em relação aos trabalhadores que admitir, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério da Economia. [...] § 2º As anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social serão feitas: a) na data-base; b) a qualquer tempo, por solicitação do trabalhador; c) no caso de rescisão contratual; ou d) necessidade de comprovação perante a Previdência Social. § 3º A falta de cumprimento pelo empregador do disposto neste artigo acarretará a lavratura do auto de infração, pelo Fiscal do Trabalho, que deverá, de ofício, comunicar a falta de anotação ao órgão competente, para o fim de instaurar o processo de anotação. [...] § 8º O trabalhador deverá ter acesso às informações da sua CTPS no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a partir de sua anotação.”

⁴⁹ “Art. 134. As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.” [...] “Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.”

⁵⁰ “Art. 459, § 1º Quando o pagamento [do salário] houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.”

⁵¹ “Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo. [...] § 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato. [...] § 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora. [...] § 10. A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no *caput* deste artigo tenha sido realizada.”

problemas relevantes na vida do empregado que, conforme se viu, é a parte vulnerável da relação de emprego.

Veja-se, exemplificativamente, a relevância da regular emissão e anotação da CTPS que, nos moldes dos arts. 40 e 456, da CLT,^{52 53} serve de prova do contrato individual do trabalho nos casos de dissídio na Justiça do Trabalho entre a empresa e o empregado por motivo de salário, férias, ou tempo de serviço, bem como para o cálculo de indenização por acidente do trabalho ou moléstia profissional. Note-se, ademais, a necessidade imperiosa do pagamento pontual do salário, em conformidade com o § 1º do art. 459 da CLT,⁵⁴ que tem natureza alimentar e visa a comprar os itens de que o empregado e sua família necessitam para satisfazer suas necessidades básicas e assim sobreviver.⁵⁵ Perceba-se, ainda, a importância da anotação tempestiva da extinção do contrato na CTPS uma vez que, nos termos do § 10 do art. 477, da CLT,⁵⁶ ela é o documento que habilita o empregado a requerer o seguro-desemprego e a movimentar a conta vinculada do FGTS, nas hipóteses legais.

Ao lado dessas questões obrigacionais, Maria Cecília Máximo Teodoro e Ailana Santos Ribeiro⁵⁷ acrescentam e salientam que o advento da Revolução Industrial viabilizou a transmutação da relação entre espaço e tempo – que foram se desconectando –, fazendo emergir na pós-modernidade, sob o ponto de vista do trabalhador, “um estado de absoluta escassez temporal” para a fruição de todas as atividades existenciais diversas do trabalho – notadamente o estudo, o descanso, o lazer, os cuidados pessoais, o convívio social e familiar, etc. De fato, a pós-modernidade trouxe consigo uma profunda alteração dos valores regentes na sociedade e, a partir dos anos 1970, intensificou-se o processo de separação entre espaço e tempo que fez com que surgisse uma nova sociedade imersa no imperativo neoliberal do desempenho, que “totaliza o tempo do trabalho” e culmina na criação de um “tempo de não trabalho incalculável, retórico e intemporal”.

⁵² “Art. 40. A CTPS regularmente emitida e anotada servirá de prova: I - Nos casos de dissídio na Justiça do Trabalho entre a empresa e o empregado por motivo de salário, férias ou tempo de serviço; [...] III - Para cálculo de indenização por acidente do trabalho ou moléstia profissional.”

⁵³ “Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.”

⁵⁴ Veja nota de rodapé mais acima.

⁵⁵ MARTINS, 2012, p. 230, 235 e 283.

⁵⁶ Veja nota de rodapé mais acima.

⁵⁷ TEODORO, Maria Cecília M.; RIBEIRO, Ailana Santos. O trabalho, o tempo e a vida: a proteção jurídica ao desvio indevido do tempo do trabalhador na sociedade da escassez temporal. In: TEODORO, Maria Cecília M. et al (Org.). *Trabalho e consumo: as duas faces da pessoa humana no contexto do data driven*. Belo Horizonte: RTM, 2020. p. 19-22 e 34.

Para as autoras, esse tempo livre ou de não trabalho⁵⁸ é *incalculável* porque, de um lado, a empresa pressiona sutilmente o trabalhador com regras implícitas de funcionamento, de modo que o horário de trabalho seja estendido em função das necessidades e interesses da organização e, do outro, porque a vida pessoal e a profissional acabam se confundindo, apagando a linha tênue que as separa. É *retórico* porque, embora o desenvolvimento das forças produtivas suponha o aprimoramento das máquinas para que se gerasse a liberação de tempo para o trabalhador, o que se percebe, diversamente, é a ampliação da desigualdade social inerente ao modo de produção capitalista, visto que a substituição das pessoas por máquinas levou à eliminação de postos de trabalho e ao aumento substancial da jornada de trabalho daqueles que se mantêm no sistema. E é *intemporal* porque expressa “o paradoxo efêmero/eterno, pois a ordenação dos eventos significativos perde seu ritmo cronológico interno e passa a se organizar em sequências temporais condicionadas ao contexto social de sua utilização, numa cultura do eterno e do simultâneo”.⁵⁹

Inegavelmente o tempo de trabalho, na atual era tecnológica e informacional, não mais coincide com o tempo e o espaço empresariais de outrora. O trabalho invadiu o tempo pessoal, o espaço particular e a vida privada de forma tão avassaladora que a jornada de trabalho remunerada “parece não mais conseguir estruturar o tempo e o espaço social”.⁶⁰ O imperativo neoliberal do desempenho agora pretende transformar qualquer espécie de tempo em tempo de trabalho. Todo tempo livre ou de não trabalho – como as pausas, o descanso, o lazer – transformou-se em pequenos intervalos em que há seguidas tentativas frustradas de desconexão do trabalho.⁶¹

Conforme Teodoro e Ribeiro bem resumem:

[...] na sociedade capitalista contemporânea, regida pelo princípio do desempenho, o ser humano socialmente aceito – isto é, adequado do ponto de vista [do] capital – é aquele que, antes e acima de tudo, é um trabalhador maleável, flexível, predisposto a mudanças, engajado nas novas formas de tecnologia, capaz de absorver a maior quantidade de informações possíveis e, sobretudo, desapegado do seu tempo de não trabalho. Ao contrário do que foi teorizado por alguns estudiosos renomados, [...] toda a infinita e diversificada gama de recursos tecnológicos introduzidos pela

⁵⁸ Cujo expoente máximo é o “tempo de sono” (TEODORO; RIBEIRO, 2020, p. 31).

⁵⁹ TEODORO; RIBEIRO, 2020, p. 31-32.

⁶⁰ TEODORO; RIBEIRO, 2020, p. 26.

⁶¹ TEODORO; RIBEIRO, 2020, p. 34.

sociedade pós-industrial não vêm sendo empregada com a finalidade precípua de reduzir o tempo de trabalho e viabilizar o 'ócio criativo', sobrepondo o tempo de 'jogo' e de criação ao tempo de trabalho. Muito pelo contrário: apesar de trazer consigo este inequívoco potencial de tornar mais produtiva, divertida e menos extensa a labuta diária, a tecnologia, apropriada pelo capital e regida, portanto, pelo princípio da eficiência, foi e continua sendo empregada nas relações de trabalho com a finalidade precípua de otimizar o desempenho da força de trabalho para maximizar o lucro.⁶²

Por tudo isso, chega-se à conclusão de que nas situações em que o empregador *retarde voluntariamente o cumprimento das suas obrigações trabalhistas, ou simplesmente não as cumpra*, ele cria e impõe restrições, dificuldades, obstáculos e/ou outros problemas relevantes na vida do empregado vulnerável, que é levado a enfrentá-los. Nessas circunstâncias, o empregado precisa gastar o seu tempo vital e se desviar das suas atividades existenciais, o que redundará na alteração prejudicial e indesejada do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida, bem como na correspondente perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida em situações desgastantes perfeitamente previsíveis e evitáveis. Configura-se, nessa hipótese, o dano extrapatrimonial de natureza existencial *in re ipsa*, que deve ser ressarcido pelo empregador.⁶³

Relembre-se, por oportuno, que todo dano pressupõe algum prejuízo para o titular do direito violado, e que o dano extrapatrimonial, enquanto gênero que corresponde ao dano moral *lato sensu*, é o prejuízo não econômico que decorre da lesão a bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, abrangendo os bens objeto dos direitos da personalidade. O dano extrapatrimonial em questão é presumido (*in re ipsa*) porque o prejuízo existencial é deduzido de dois postulados assim enunciados: o tempo é um recurso produtivo limitado, que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, ao mesmo tempo, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro deslocando-se no tempo outra atividade.⁶⁴

Mas é importante enfatizar que, no contexto justralhista, em princípio só existe a possibilidade de o empregado incorrer em desvio produtivo durante os seus períodos de descanso, repouso semanal e férias anuais (fase contratual), ou após o término do contrato de trabalho (fase pós-contratual). Isso ocorre porque, no período

⁶² TEODORO; RIBEIRO, 2020, p. 33-34.

⁶³ DESSAUNE, 2022, p. 332.

⁶⁴ DESSAUNE, 2022, p. 332.

de trabalho em que o empregado está submetido ao poder de comando do empregador, as atividades dele são dirigidas pelo próprio empregador, dentro das condições pessoais de cada empregado.⁶⁵ Significa dizer que, na vigência do contrato de trabalho, em princípio não há como o empregador causar o desvio produtivo do empregado durante o tempo em que este está à disposição daquele, aguardando ou executando ordens, por ser tal período justamente aquele em que o empregador exerce o seu poder de direção sobre a atividade do trabalhador de lhe prestar serviços.⁶⁶

Firmando o primeiro precedente juslaboral do qual se tem notícia, em 10-06-2019 a Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT-17) julgou o RO 0000210-16.2018.5.17.0101, no qual aplicou a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, por analogia, ao Direito do Trabalho. A votação foi unânime. Trata-se de caso em que o empregador foi condenado a indenizar danos morais por descumprir seu dever legal de dar baixa na CTPS do empregado, levando-o ao desgaste temporal/existencial de precisar promover uma ação judicial para exigir um direito evidente.⁶⁷

Nos termos do voto da desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, relatora do processo:

[...] pode-se utilizar ao caso, por analogia, o entendimento que ora vem se tornando pacífico no âmbito do E. STJ no que tange às relações de consumo, que diz respeito à *teoria do desvio produtivo*.

Segundo Marcos Dessaune, principal expoente, no Brasil, pelo desenvolvimento da chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor:

(...) o desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – de uma atividade necessária ou por ele preferida – para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irreversível [...]

[...]

Diante das similaridades existentes entre as relações de consumo e de trabalho, em especial a característica de hipossuficiência do consumidor⁶⁸ e do trabalhador, entendo plenamente cabível nessa Especializada a referida teoria, impondo-se ao empregador que descumprir dever legal que lhe

⁶⁵ CARRERAS, Eduardo. TST reconhece aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor ao direito do trabalho. *Jusbrasil*, 2021. Disponível em: <https://barrosmartinsadv.jusbrasil.com.br/artigos/1236002292/tst-reconhece-aplicabilidade-da-teoria-do-desvio-produtivo-do-consumidor-ao-direito-do-trabalho>. Acesso em: 25-06-2021.

⁶⁶ MARTINS, 2012, p. 91.

⁶⁷ CONJUR. *TRT-17 aplica teoria do desvio produtivo para condenar empresa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/trt-17-aplica-teoria-desvio-produtivo-condenar-empresa>. Acesso em: 22-11-2019.

⁶⁸ Nas relações de consumo fala-se em “vulnerabilidade” do consumidor, conceito que se aproxima da ideia de “hipossuficiência” do trabalhador.

competia, levando o trabalhador ao desgaste de ajuizar uma ação para obter o bem da vida (incontroverso diga-se de passagem, pois a baixa da CTPS é dever do empregador) ao pagamento de uma reparação por danos morais (TRT-17, RO 0000210-16.2018.5.17.0101, j. 10-06-2019, v.u., Terceira Turma, rel. Des. Daniele Corrêa Santa Catarina).

Em 07-10-2019, novamente a Terceira Turma do TRT-17 julgou o RO 0001757-05.2015.5.17.0002, no qual reiterou o entendimento acima.⁶⁹

Adiante, em 24-05-2021 a ministra Kátia Magalhães Arruda, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), proferiu decisão monocrática no AIRR 0001380-97.2018.5.17.0141 em que reconheceu “a transcendência quanto ao tema ‘dano moral - falta de anotação na CTPS’,” porém negou provimento ao agravo de instrumento da empresa reclamada. Destarte manteve o entendimento do TRT-17 que, nos autos da Reclamação Trabalhista 0001380-97.2018.5.17.0141, havia aplicado a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, por analogia, a mais um caso juslaboral.⁷⁰

Eis um trecho do acórdão recorrido transcrito pela ministra relatora:

A empresa, em razão do não reconhecimento do vínculo empregatício, não efetuou o pagamento das parcelas rescisórias e deixou de registrar e dar baixa do contrato de trabalho na CTPS, motivo pelo qual resta presumível o dano daí decorrente, que influencia até mesmo na busca de novo emprego. [...] pode-se utilizar ao caso, por analogia, o entendimento que ora vem se tornando pacífico no âmbito do E. STJ no que tange às relações de consumo, que diz respeito à *teoria do desvio produtivo*.

Segundo Marcos Dessaune, principal expoente, no Brasil, pelo desenvolvimento da chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor: (...) o desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – de uma atividade necessária ou por ele preferida – para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irreversível [...] (TST, AIRR 0001380-97.2018.5.17.0141, j. 24-05-2021, dec. mono., rel. Min. Kátia Magalhães Arruda).

4. CONCLUSÕES

Diante das questões postas no início deste artigo, das lições dos autores estudados e dos primeiros precedentes oriundos da Justiça do Trabalho, é possível

⁶⁹ CONJUR. *Empresa deve indenizar por não fazer anotações em carteira de trabalho*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-out-22/empresa-indenizar-nao-assinar-carteira-trabalho]. Acesso em: 05-07-2021.

⁷⁰ CONJUR. *Teoria do desvio produtivo pode ser aplicada em casos trabalhistas, decide TST*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/tst-confirma-aplicacao-teoria-desvio-produtivo]. Acesso em: 05-07-2021.

então *assentar* (1) que a vulnerabilidade é a justificativa ou explicação⁷¹ da proteção legal do consumidor, que é o sujeito mais fraco da relação de consumo; (2) que a relação de emprego é uma das relações trabalhistas em que é possível encontrar um sujeito em evidente e notória situação de desigualdade, sendo ela, portanto, a relação jurídica de interesse primário deste estudo; (3) que a vulnerabilidade que caracteriza a relação de consumo também identifica a relação de emprego; (4) que o empregador possui diversas obrigações trabalhistas que devem ser adimplidas voluntária e efetivamente nos prazos definidos em lei,⁷² cujo descumprimento gera entraves e/ou outros problemas relevantes na vida do empregado vulnerável; e que (5) o empregador, ao criar problemas variados no curso das atividades que desempenha com poder de direção, tem a possibilidade e a força (poder) de impor o desvio produtivo do empregado, que é o sujeito em posição de inferioridade de forças na relação de emprego.⁷³

Logo é possível *concluir* que na relação de emprego, na qual a doutrina contemporânea identifica espécies de vulnerabilidade no trabalhador-empregado, a posição de superioridade de forças do empregador lhe permite gerar restrições, dificuldades, obstáculos e/ou outros problemas relevantes no curso das atividades que desenvolve com poder de direção. Consequentemente *o empregador tem o poder de impor o desvio produtivo do trabalhador-empregado* que, na condição de parte vulnerável da relação, é levado a se submeter a esse evento danoso quer pela necessidade ou premência de satisfazer determinada carência,⁷⁴ quer para buscar uma solução, quer para evitar o prejuízo que poderá advir, quer para conseguir a reparação dos danos que o problema já causou.

Por tudo isso, a *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor* também se aplica à relação de emprego, naquilo que couber.

⁷¹ Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, discorrendo sobre *a construção e o sentido atual da vulnerabilidade no direito*, ensinam que “a vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 52).

⁷² O empregador possui, entre suas *principais obrigações*, remunerar o empregado pontualmente com pelo menos um salário mínimo e os adicionais devidos, assegurar-lhe regularmente os períodos de descanso, repouso semanal e férias anuais e cumprir suas demais obrigações trabalhistas voluntária e efetivamente *nos prazos* definidos em lei – notadamente nos arts. 29, 134, 137, 459 § 1º e 477, da CLT.

⁷³ DESSAUNE, 2022, p. 333.

⁷⁴ Veja explicação na NR mais acima.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e modif. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMINO, Carmen. *Autonomia da vontade no direito do trabalho: do chão da fábrica ao serviço público* (Tese de doutorado). UFRGS (Faculdade de Direito - PPGD): Porto Alegre, 2011.

CARRERAS, Eduardo. TST reconhece aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor ao direito do trabalho. *Jusbrasil*, 2021. Disponível em: [<https://barrosmartinsadv.jusbrasil.com.br/artigos/1236002292/tst-reconhece-aplicabilidade-da-teoria-do-desvio-produtivo-do-consumidor-ao-direito-do-trabalho>]. Acesso em: 25-06-2021.

D'AQUINO, Lúcia S. Uma aproximação dos conceitos de subordinação e vulnerabilidade: análise comparativa entre o direito do trabalho e o direito do consumidor. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, ano 4, n. 8, p. 181-208, jul./dez. 2016.

DESSAUNE, Marcos. Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007): uma nova ética das relações de consumo. In: DESSAUNE, Marcos. *Histórias de um Superconsumidor: ilustradas com o novo Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007) e principais dispositivos legais aplicáveis*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 2009. p. 239-282.

_____. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3. ed. rev., modif. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022.

_____. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DORNELES, Leandro do A. D. de. 141. Vulnerabilidade e relação de trabalho. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso; FITA, Fernando; FREDIANI, Yone; NAHAS, Thereza (Org.). *Direito do trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT: compilação de verbetes*. 1. ed. São Paulo: RT, 2020.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* [livro eletrônico]: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: RT, 2019.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. atualiz. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 1: parte geral. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3540, 11-03-2013. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/23925>]. Acesso em: 30-03-2015.

TEODORO, Maria Cecília M.; RIBEIRO, Ailana Santos. O trabalho, o tempo e a vida: a proteção jurídica ao desvio indevido do tempo do trabalhador na sociedade da escassez temporal. In: TEODORO, Maria Cecília M. et al (Org.). *Trabalho e consumo: as duas faces da pessoa humana no contexto do data driven*. Belo Horizonte: RTM, 2020. p. 19-47.